المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية / كلية الشريعة

جامعة بيروت الإسلامية

المجلد السابع

المحتوى:

أدب القاضي - الشهادات - الرجوع عن الشهادات - التزكية - الاستحلاف - الدعوى - الدعوى في النسب - الاستحقاق - الإقرار - تصرفات المريض والوارث

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

DKI

بيروت - لبنان

المحيط الرضوي
في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام
محمد بن محمد الحنفي السرخسي
المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به
عبد الحفيظ محمد علي بيضون
دراسات إسلامية / كلية الشريعة

الجزء السابع

المحتوى:

أدب القاضي - الشهادات - الرجوع عن الشهادات - التزكية - الاستحلاف - الدعوى - الدعوى في النسب - الاستحقاق - الإقرار - تصرفات المريض والوارث

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: المحيط الرضويّ

Title: AL-MUḤĪṬ AR-RAḌAWĪ

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام رضي الدين محمد بن محمد السرخسي
(ت ٥٧١ هـ)

Author: Al-Imam Radiyuddin Mohammed ben Mohammed Al-Sarakhsy (D. 571 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (9Vols./9Parts)	5568	عدد الصفحات (٩أجزاء/٩مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2021 A.D. - 1442 H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon	بلد الطباعة لبنــان
Edition	1st	الطبعة الأولى

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN 978-2-7451-8337-8

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب أدب القاضي[1]

يحتاج إلى معرفة: فرضية القضاء، وتفسيره لغة وشريعة، ومن يجوز تقلد القاضي منه ومن لا يجوز، وجواز الدخول في القضاء.

أمّا فرضيته: فالقضاء فريضة محكمة وسنة متبعة وعبادة شريفة إذا أقيمت بحقها لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] أمر والأمر للوجوب، وقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمۡ يَحۡكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ ٤٧﴾ [المائدة: ٤٧] فقد ألحق الوعيد بتاركه، وإنما يلحق الوعيد بتارك الفرض، ولأن القضاء سبب لقطع المنازعة والمشاجرة فيما بين المسلمين فرض كفاية؛ لأن المنازعة متى امتدت أدت إلى الفساد، وقطع الفساد ورفعه فرض، فكذلك ما يؤدي إليه إلا أنه فرض كفاية؛ لأن القضاء ما افتُرِضَ لعينه، وإنما افتُرِضَ لغيره وهو قطع المنازعة، وهذا المعنى

---

(١) قَال الْكَمَال بْنُ الْهُمَامِ: الأَدَبُ: الْخِصَال الْحَمِيدَةُ، وَلِذَلِكَ بَوَّبُوا فَقَالُوا: "أَدَبُ الْقَاضِي"، وَتَكَلَّمُوا فِي هَذَا الْبَابِ عَمَّا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَفْعَلَهُ وَمَا يَنْبَغِي أَنْ يَنْتَهِيَ عَنْهُ. وَكَذَلِكَ قَالُوا: "آدَابُ الاسْتِنْجَاءِ"، "وَآدَابُ الصَّلاَةِ". وَعَرَّفَهُ بَعْضُهُمْ بِقَوْلِهِ: الأَدَبُ: وَضْعُ الأَشْيَاءِ مَوْضِعَهَا.
وأَصْل مَعْنَى كَلِمَةِ "أَدَبٍ" فِي اللُّغَةِ: "الْجَمْعُ"، وَمِنْهُ: الأَدَبُ بِمَعْنَى الظَّرْفِ وَحُسْنِ التَّنَاوُل. سُمِّيَ أَدَبًا؛ لأَنَّهُ يَأْدِبُ - أَيْ يَجْمَعُ - النَّاسَ إِلَى الْمَحَامِدِ.

انظر: فتح القدير ٤٥٣/٥، طبع بولاق سنة ١٣١٦هـ، وانظر البحر الرائق ٢٧٧/٦، طبع المطبعة العلمية، وحاشية ابن عابدين ٤٦٣/٥، وحاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ص٤١ طبع المطبعة العامرة العثمانية سنة ١٣٠٤هـ، وشرح المنار لابن ملك وحواشيه ص٥٨٨، طبع المطبعة العثمانية سنة ١٣١٥هـ، وفتح الغفار شرح المنار ٦٦/٢، طبع مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٥٥هـ، والفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ٢٥/٤، طبع بولاق سنة ١٣١٠هـ، وحاشية القليوبي ٣٨/١، طبع مصطفى البابي الحلبي.

يحصل بإقامة البعض فسقط عن الباقين كالجهاد، وإنه عبادة شريفة ورتبة عالية لما فيه من كف الظالمين ونصرة المظلومين وإغاثة الملهوفين وتنفيس كرب المكروبين[1].

وأمّا تفسيره: فالقضاء لغة: يُعَبّر به عن أشياء عن اللزوم لما فيه من الإلزام، وعن التقدير يقال: قضى القاضي بالنفقة، أي: قدرها، وعن الأمر قال الله تعالى: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ ﴾ [الإسراء: ٢٣] أي أمر.

وفي الشريعة: يراد بالقضاء فصل الخصومات وقطع المنازعات[2].

وأمّا أهليته: فأهل القضاء مَن كان عالمًا بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي والمقايسة لقوله عليه السلام لمعاذ بن جبل حين بعثه قاضيًا إلى اليمن: "**بم تقضي يا معاذ؟ قال: بكتاب الله تعالى، قال: فإن لم تجد؟ قال: بسنة رسوله، قال: فإن لم تجد؟ قال: أجتهد في ذلك رأيي، فقال عليه السلام: الحمد لله الذي وفق رسول رسوله لما يرضي به رسوله**"[3]. ولأن القاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تعالى: ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ ﴾ [ص: ٢٦]، وإنما يمكنه القضاء بالحق إذا كان عالمًا بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي؛ لأن الحوادث ممدودة

---

(١) انظر: شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/١٣٤، فتح القدير ٥/٤٥٩، الفتاوى الهندية ٣/٣١٠، بدائع الصنائع للكاساني ٧/٣ - ٤، أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص٨٢، ٨٣، حاشية الجمل على شرح المنهاج ٥/٣٣٥ - ٣٣٦، مغني المحتاج ٤/٣٧٣، حاشية الدسوقي ٤/١٣٠ - ١٣١، تبصرة الحكام ١/١٢، المغني لابن قدامة ٩/٣٤ - ٣٧، كشاف القناع ٦/٢٨٦ - ٢٨٨.

(٢) انظر: ابن عابدين ٥/٣٥٢، والفتاوى الهندية ٣/٢١١.

(٣) أخرجه «أبو داود» (٣٥٩٣) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى. و«الترمذي» (١٣٢٧) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا وكيع. وفي (١٣٢٨) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا محمد بن جعفر، وعبد الرحمن بن مهدي.

سبعتهم: (وكيع بن الجراح، ومحمد بن جعفر، وعفان بن مسلم، وسليمان، ويحيى بن حماد، ويحيى بن سعيد القطان، وابن مهدي) عن شعبة بن الحجاج، عن أبي عون، محمد بن عبيد الله الثقفي، عن الحارث بن عمرو الثقفي، ابن أخي المغيرة بن شعبة، عن ناس من أصحاب معاذ من أهل حمص، فذكروه.

والنصوص معدودة فلا يجد القاضي في كل حادثة نصًا يفصل به الخصومة فيحتاج إلى استنباط المعنى من المنصوص عليه، وإنما يمكنه ذلك إذا كان عالمًا بالاجتهاد(١).

وأما العدالة فليست بشرط للأهلية بل هي شرط الأولوية والأفضلية، حتى إن الفاسق قد يصلح قاضيًا، وهو رواية الخصاف: حتى إن الفاسق لو تقلد القضاء يصير قاضيًا، ولو قضى ينفذ قضاؤه عندنا خلافًا للشافعي(٢)، وهذا بناء على أن كل من صلح شاهدًا صلح قاضيًا؛ لأن القضاء يبنى على الشهادة، والفاسق يصلح شاهدًا عندنا فصلح قاضيًا، وعنده لا يصلح شاهدًا فلا يصلح قاضيًا(٣).

---

(١) انظر: كشاف القناع ٢٨٨/٦، والمغني ٣٦/٩ ط. الثالثة للمنار. وابن عابدين ٣٦٦/٥، ومغني المحتاج ٣٧٣/٤، ٣٧٤، والروضة ٩٣/١١، وحاشية الدسوقي ١٣٠/٤، ١٣١، وتبصرة الحكام ١٦/١، ١٧.

(٢) لَا يَجُوزُ عِنْدَ الْجُمْهُورِ تَوْلِيَةُ فَاسِقٍ، وَلَا مَنْ فِيهِ نَقْصٌ يَمْنَعُ الشَّهَادَةَ، وَاسْتَدَلُّوا بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦] فَأَمَرَ بِالتَّبَيُّنِ عِنْدَ قَوْلِ الْفَاسِقِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي مِمَّنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ وَيَجِبُ التَّبَيُّنُ عِنْدَ حُكْمِهِ؛ وَلأَنَّ الْفَاسِقَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شَاهِدًا فَلِئَلَّا يَكُونَ قَاضِيًا أَوْلَى.

قَالَ الْقَاضِي عِيَاضٌ: وَفِي الْفَاسِقِ خِلَافٌ بَيْنَ أَصْحَابِنَا هَلْ يُرَدُّ مَا حَكَمَ بِهِ وَإِنْ وَافَقَ الْحَقَّ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، أَوْ يُمْضَى إِذَا وَافَقَ الْحَقَّ؟

وَقَالَ النَّوَوِيُّ: الْوَجْهُ تَنْفِيذُ قَضَاءِ كُلِّ مَنْ وَلَّاهُ سُلْطَانٌ ذُو شَوْكَةٍ وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا أَوْ فَاسِقًا؛ لِئَلَّا تَتَعَطَّلَ مَصَالِحُ النَّاسِ.

وَذَهَبَ الْحَنَفِيَّةُ فِي الأَصْلِ عِنْدَهُمْ إِلَى أَنَّ الْفَاسِقَ يَجُوزُ تَقَلُّدُهُ الْقَضَاءَ؛ لأَنَّهُ عِنْدَهُمْ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فَيَكُونُ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ، لَكِنَّهُ لَا يَنْبَغِي تَقْلِيدُهُ وَيَأْثَمُ مُقَلِّدُهُ.

انظر: المغني ٣٩/٩، وأدب القاضي للماوردي ٦٢٥/١ - ٦٢٨، والقوانين الفقهية لابن جزي ص١٩٥، وروضة القضاة للسمناني ٥٣/١، وفتح القدير ٤٨٥/٥.

(٣) يَرَى الْحَنَفِيَّةُ أَنَّ مَنْ يَصِحُّ تَوْلِيَتُهُ الْقَضَاءَ هُوَ مَنْ يَكُونُ أَهْلًا لأَدَاءِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، وَشُرُوطُ الشَّهَادَةِ هِيَ: الإِسْلَامُ وَالْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ وَالْحُرِّيَّةُ، وَالْبَصَرُ، وَالنُّطْقُ، وَالسَّلَامَةُ عَنْ حَدِّ الْقَذْفِ، فَلَا يَجُوزُ تَقْلِيدُ الْكَافِرِ وَالْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ وَالأَعْمَى وَالأَخْرَسِ وَالْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ؛ لأَنَّ الْقَضَاءَ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ، بَلْ هُوَ أَعْظَمُ الْوِلَايَاتِ، وَهَؤُلَاءِ لَيْسَتْ لَهُمْ أَهْلِيَّةُ أَدْنَى الْوِلَايَاتِ وَهِيَ الشَّهَادَةُ؛ فَلأَنْ لَا يَكُونَ لَهُمْ أَهْلِيَّةُ أَعْلَاهَا أَوْلَى.

=

وأما من يجوز تقلد القضاء منه: ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل

=

وَأَمَّا الذُّكُورَةُ فَلَيْسَتْ مِنْ شُرُوطِ جَوَازِ التَّقْلِيدِ فِي الْجُمْلَةِ؛ لأَنَّ الْمَرْأَةَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَاتِ فِي الْجُمْلَةِ، إِلَا أَنَّهَا لَا تَقْضِي فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، لأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ لَهَا فِي ذَلِك، وَأَهْلِيَّةُ الْقَضَاءِ تَدُورُ مَعَ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ.

وَأَمَّا اشْتِرَاطُ عِلْمِ الْقَاضِي بِالْحَلَال وَالْحَرَامِ وَسَائِرِ الأَحْكَامِ فَقَدِ اخْتَلَفَ فُقَهَاءُ الْحَنَفِيَّةِ فِي ذَلِكَ، فَيَرَى فَرِيقٌ أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِشَرْطٍ لِجَوَازِ التَّقْلِيدِ، بَل هُوَ شَرْطُ نَدْبٍ وَاسْتِحْبَابٍ؛ لأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَقْضِيَ بِعِلْمِ غَيْرِهِ بِالرُّجُوعِ إِلَى فَتْوَى غَيْرِهِ مِنَ الْعُلَمَاءِ، لَكِنْ مَعَ هَذَا لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقَلَّدَ الْجَاهِل بِالأَحْكَامِ، لأَنَّ الْجَاهِل قَدْ يَقْضِي بِالْبَاطِل مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُ.

وَيَرَى فَرِيقٌ آخَرُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الْقَاضِي أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَاجْتِهَادِ الرَّأْيِ، وَقَدْ ثَبَتَ ذَلِكَ بِالنَّصِّ وَالْمَعْقُول، أَمَّا النَّصُّ: فَمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ لَمَّا بَعَثَ مُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَال لَهُ: كَيْفَ تَقْضِي؟ قَال: أَقْضِي بِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ، قَال: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَال: فَبِسُنَّةِ رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَال: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي سُنَّةِ رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَال: أَجْتَهِدُ رَأْيِي، قَال: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُول رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

وَأَمَّا الْمَعْقُول: فَإِنَّ الْقَاضِيَ مَأْمُورٌ بِالْقَضَاءِ بِالْحَقِّ، قَال تَعَالَى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾، وَإِنَّمَا يُمْكِنُهُ الْقَضَاءُ بِالْحَقِّ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَاجْتِهَادِ الرَّأْيِ؛ لأَنَّ الْحَوَادِثَ مَمْدُودَةٌ، وَالنُّصُوصَ مَعْدُودَةٌ، فَلَا يَجِدُ الْقَاضِي فِي كُل حَادِثَةٍ نَصًّا يَفْصِل بِهِ الْخُصُومَةَ، فَيَحْتَاجُ إِلَى اسْتِنْبَاطِ الْمَعْنَى مِنَ النُّصُوصِ، وَإِنَّمَا يُمْكِنُهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالاجْتِهَادِ.

أَمَّا الْعَدَالَةُ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِجَوَازِ التَّقْلِيدِ لَكِنَّهَا شَرْطُ كَمَالٍ فَيَجُوزُ تَقْلِيدُ الْفَاسِقِ وَتَنْفُذُ قَضَايَاهُ إِذَا لَمْ يُجَاوِزْ فِيهَا حَدَّ الشَّرْعِ، لأَنَّهُ مِنْ أَهْل الشَّهَادَةِ فَيَكُونُ مِنْ أَهْل الْقَضَاءِ.

قَال ابْنُ عَابِدِينَ: وَالْوَجْهُ تَنْفِيذُ قَضَاءِ كُل مَنْ وَلَّاهُ سُلْطَانٌ ذُو شَوْكَةٍ وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا فَاسِقًا وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ وَحِينَئِذٍ فَيَحْكُمُ بِفَتْوَى غَيْرِهِ.

قَال ابْنُ الْهُمَامِ: قَال بَعْضُ الْمَشَايِخِ: إِذَا قُلِّدَ الْفَاسِقُ ابْتِدَاءً يَصِحُّ، وَلَوْ قُلِّدَ وَهُوَ عَدْلٌ يَنْعَزِل بِالْفِسْقِ، لأَنَّ الْمُقَلِّدَ اعْتَمَدَ عَدَالَتَهُ، فَلَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِتَقْلِيدِهِ دُونَهَا، وَذَكَرَ الْخَصَّافُ أَنَّ الْعَدَالَةَ شَرْطُ الأَوْلَوِيَّةِ، فَالأَوْلَى أَنْ يَكُونَ عَدْلًا، لَكِنْ لَوْ تَقَلَّدَ الْفَاسِقُ يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ.

انظر: بدائع الصنائع ٣/٧، وابن عابدين ٣٥٥/٥، وبدائع الصنائع للكاساني ٣/٧، وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٢٦/١.

والجائر جميعًا، فإن الصحابة تقلدوا الأعمال من معاوية بعدما أظهر الخلاف مع علي رضي الله عنه، والحق مع علي في نوبته، ولأنه غلبت الظلمة والجورة على بلاد المسلمين فلو لم يجز تقليد القضاء منهم لضاق الأمر على الناس، لكن إنما يجوز تقلد القضاء من السلطان الجائر إذا كان يمكنه القضاء بحق، أما إذا كان لا يمكنه فلا يجوز[١].

وأما جواز الدخول في القضاء: اختلفوا فيه:

قيل: يجوز الدخول فيه مختارًا لما فيه من نيابة الأنبياء المرسلين والخلفاء الراشدين وإعانة المظلومين وإقامة حدود الله واستيفاء حقوقه.

وقيل: لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهًا؛ لقوله عليه السلام: **"من سأل القضاء وُكِل إلى نفسه، ومن أُجبر عليه نزل إليه ملك يسدده"**[٢].

ولأن من سأل القضاء اعتمد فقهه وورعه فصار معجبًا فلا يُلْهَمُ الرشد ويحرم التوفيق، ومن أُكره على القضاء فقد اعتصم بحبل الله وتوكل على ربه، ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهمه للرشد ويوفقه للصواب.

والصحيح: أن تقلد القضاء مختارًا رخصة والامتناع عنه عزيمة؛ لأنه قلّ ما يمكنه الوفاء بحقه فيهلك للإخلال ببعض ما أمر به كما وصف الآدمي ظلومًا بحمل الأمانة جهولًا بالعاقبة، هذا إذا كان في البلدة قوم يصلحون للقضاء، فأما إذا لم يكن

---

(١) انظر: فتح القدير ٤٥٧/٥، وابن عابدين ٣٥٦/٥، وروضة القضاة ٥٢/١ - ٥٩، وشرح أدب القاضي لابن مازة ١٢٩/١، وكفاية الطالب الرباني ١١٢/٤، وأدب القاضي للماوردي ١٤٤/١، وأدب القضاة لابن أبي الدم ص٨٤ - ٨٥، وكشاف القناع ٢٨٦/٦ - ٢٨٨، والإنصاف ١٥٨/١١.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٢٣٥/٧ (٢٣٤٣٢) قال: حدثنا وكيع. و«أحمد» ١١٨/٣ (١٢٢٠٨) قال: حدثنا وكيع. وفي ٢٢٠/٣ (١٣٣٣٥) قال: حدثنا أسود بن عامر. و«ابن ماجه» (٢٣٠٩) قال: حدثنا علي بن محمد، ومحمد بن إسماعيل، قالا: حدثنا وكيع. و«أبو داود» (٣٥٧٨) قال: حدثنا محمد بن كثير. و«الترمذي» (١٣٢٣) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا وكيع.

ثلاثتهم: (وكيع، وأسود، وابن كثير) عن إسرائيل بن يونس، عن عبد الأعلى بن عامر الثعلبي، عن بلال بن أبي موسى، وهو بلال بن مرداس، عن أنس.

في البلدة غيره يصلح للقضاء يجب عليه تقلده، ولو امتنع عنه يأثم لأنه افترض عينًا.

ولو كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنعوا جميعًا، فإن كان السلطان بحيث لا يفصل الخصومات بنفسه يأثمون؛ لأنه تضييع أحكام الله، ولو امتنع الكل حتى قلدوا جاهلًا يشتركون في الإثم؛ لأنه يؤدي إلى تضييع أحكام الله تعالى فلا يحل لهم السكوت. [والله أعلم](1).

(باب القضاء بالعلم واجتهاد الرأي في القضاء)

فيه فصول:

فصل فيما يقضي به.

وفصل في تقليد الصحابي وأقوالهم وتقليد التابعين وأقوالهم.

وفصل في اجتهاد الرأي.

(فصل)

وينبغي للقاضي أن يقضي بما في كتاب الله تعالى، فإن لم يجده في كتاب الله تعالى يقضي بما في السنة؛ لأنا أُمرنا باتباعها قال الله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟﴾ [الحشر: ٧].

فإن لم يجد نصًا يقضي بإجماع الصحابة، قال عليه السلام: "**عَلَيْكُمْ بِسُنَّتِي وَسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ مِنْ بَعْدِي، عَضُّوا عَلَيْهَا بِالنَّوَاجِذِ**"(2).

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٢) أخرجه «ابن ماجه» (٤٣) قال: حدثنا إسماعيل بن بشر بن منصور، وإسحاق بن إبراهيم السواق، قالا: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن معاوية بن صالح، عن ضمرة بن حبيب. وفي (٤٤) قال: حدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا عبد الملك بن الصباح المسمعي، قال: حدثنا ثور بن يزيد، عن خالد بن معدان. و«الترمذي» (٢٦٧٦) قال: حدثنا علي بن حجر، قال: حدثنا بقية بن الوليد، عن بحير بن سعد، عن خالد بن معدان. وفي (٢٦٧٦م) قال: حدثنا بذلك الحسن بن علي الخلال، وغير واحد، قالوا: حدثنا أبو عاصم، عن ثور بن يزيد، عن خالد بن معدان.

فإن كان بينهم اختلاف، فإن كان القاضي من أهل الرأي والنظر والتمييز ميّز أقاويلهم، ورجح بعضها على بعض ونظر إلى أشباهها بالحق وأقربها إلى الصواب وأحسنها عنده وقضى به؛ لقوله عليه السلام: **"أصحابي كالنجوم فبأيهم اقتديتم اهتديتم"**[١].

فإن كان شيئًا لم يكن للصحابة فيه قول وكان فيه إجماع التابعين قضى به؛ لأن إجماع كل عصر حجة فلا يسعه أن يخالفه، فإن كان فيه اختلاف بينهم يرجح قول بعضهم ويقضي به.

وإن لم يجد شيئًا من ذلك، فإن كان من أهل الاجتهاد قاسه على ما يشبهه من الأحكام، واجتهد رأيه فيه وتحرى الصواب ثم يقضي برأيه[٢].

وإن لم يكن من أهل الاجتهاد يستفتي في ذلك فيأخذ بفتوى المفتي، ولا يقضي بغير علم، ولا يستحي عن السؤال كي لا يلحقه الوعيد المذكور في قوله عليه السلام: **"القضاة ثلاثة: اثنان في النار، وواحد في الجنة، رجل علم فقضى بما علم فهو في الجنة، ورجل جهل فقضى بالجهل، ورجل علم فقضى بغير علم فهو في النار"**[٣].

(١) ذكره ابن عبد البر معلقا (٢/٩٠) وعنه ابن حزم من طريق أبي شهاب الحناط عن حمزة الجزري عن نافع عن ابن عمر مرفوعا به، وقد وصله عبد بن حميد في"المنتخب من المسند" (١/٨٦): أخبرني أحمد بن يونس حدثنا أبو شهاب به، ورواه ابن بطة في "الإبانة" (٢/١١/٤) من طريق آخر عن أبي شهاب به، ثم قال ابن عبد البر: وهذا إسناد لا يصح، ولا يرويه عن نافع من يحتج به. قلت: وحمزة هذا هو ابن أبي حمزة، قال الدارقطني: متروك، وقال ابن عدي: عامة مروياته موضوعة، وقال ابن حبان: ينفرد عن الثقات بالموضوعات حتى كأنه المتعمد لها، ولا تحل الرواية عنه، وقد ساق له الذهبي في "الميزان" أحاديث من موضوعاته هذا منها.

(٢) انظر: التهانوي ٧٠٣/٣، ودستور العلماء ١٨٢/٢ ط. الأعلى للطباعة.

(٣) أخرجه «ابن ماجه» (٢٣١٥) قال: حدثنا إسماعيل بن توبة، قال: حدثنا خلف بن خليفة، قال: حدثنا أبو هاشم. و«أبو داود» (٣٥٧٣) قال: حدثنا محمد بن حسان السمتي، قال: حدثنا خلف بن خليفة، عن أبي هاشم. و«الترمذي» (١٣٢٢م) قال: حدثنا محمد بن إسماعيل، قال: حدثني الحسن بن بشر، قال: حدثنا شريك، عن الأعمش، عن سعد بن عبيدة. و«النسائي»، =

(فصل في التقليد[1])

عن أبي حنيفة: فيه ثلاث روايات:

في رواية قال: أقلد من كان من القضاة [المفتيين من الصحابة][2] كأبي بكر وعمر وعثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وغيرهم رضي الله عنهم فأقلدهم ولا أستخير خلافهم برأي.

وفي رواية قال: أقلد جميع الصحابة ولا أستخير خلافهم برأي إلا ثلاثة هم: أنس بن مالك، وأبو هريرة، وسمرة بن جندب.

=

في «الكبرى» (٥٨٩١) قال: أخبرنا إبراهيم بن يعقوب، قال: حدثنا سعيد بن سليمان، قال: حدثنا خلف بن خليفة، قال: حدثنا أبو هاشم. كلاهما: (أبو هاشم الرماني، وسعد) عن ابن بريدة، فذكره.

(١) التَّقْلِيدُ لُغَةً: مَصْدَرُ قَلَّدَ، أَيْ جَعَل الشَّيْءَ فِي عُنُقِ غَيْرِهِ مَعَ الإِحَاطَةِ بِهِ.

وَتَقُول: قَلَّدْتُ الْجَارِيَةَ: إِذَا جَعَلْتَ فِي عُنُقِهَا الْقِلَادَةَ، فَتَقَلَّدَتْهَا هِيَ، وَقَلَّدْتُ الرَّجُل السَّيْفَ فَتَقَلَّدَهُ: إِذَا جَعَل حَمَائِلَهُ فِي عُنُقِهِ. وَأَصْل الْقَلْدِ، كَمَا فِي لِسَانِ الْعَرَبِ، لَيُّ الشَّيْءِ عَلَى الشَّيْءِ، نَحْوُ لَيِّ الْحَدِيدَةِ الدَّقِيقَةِ عَلَى مِثْلِهَا، وَمِنْهُ: سِوَارٌ مَقْلُودٌ.

وَفِي التَّهْذِيبِ: تَقْلِيدُ الْبَدَنَةِ أَنْ يُجْعَل فِي عُنُقِهَا عُرْوَةُ مَزَادَةٍ، أَوْ خَلَقُ نَعْلٍ، فَيُعْلَمُ أَنَّهَا هَدْيٌ. وَقَلَّدَ فُلَانًا الأَمْرَ إِيَّاهُ. وَمِنْهُ تَقْلِيدُ الْوُلَاةِ الأَعْمَال.

وَيُسْتَعْمَل التَّقْلِيدُ فِي الْعُصُورِ الْمُتَأَخِّرَةِ بِمَعْنَى الْمُحَاكَاةِ فِي الْفِعْل، وَبِمَعْنَى التَّزْيِيفِ، أَيْ صِنَاعَةِ شَيْءٍ طِبْقًا لِلأَصْل الْمُقَلَّدِ. وَكِلَا الْمَعْنَيَيْنِ مَأْخُوذٌ مِنَ التَّقْلِيدِ لِلْمُجْتَهِدِينَ؛ لأَنَّ الْمُقَلِّدَ يَفْعَل مِثْل فِعْل الْمُقَلَّدِ دُونَ أَنْ يَدْرِيَ وَجْهَهُ. وَالأَمْرُ التَّقْلِيدِيُّ مَا يُفْعَل اتِّبَاعًا لِمَا كَانَ قَبْل، لَا بِنَاءً عَلَى فِكْرِ الْفَاعِل نَفْسِهِ، وَخِلَافُهُ الأَمْرُ الْمُبْتَدَعُ.

وَيَرِدُ التَّقْلِيدُ فِي الاصْطِلَاحِ الشَّرْعِيِّ بِأَرْبَعَةِ مَعَانٍ:

أَوَّلُهَا: تَقْلِيدُ الْوَالِي أَوِ الْقَاضِي وَنَحْوِهِمَا، أَيْ تَوْلِيَتُهُمَا الْعَمَل.

ثَانِيهَا: تَقْلِيدُ الْهَدْيِ بِجَعْل شَيْءٍ فِي رَقَبَتِهِ لِيُعْلَمَ أَنَّهُ هَدْيٌ.

ثَالِثُهَا: تَقْلِيدُ التَّمَائِمِ وَنَحْوِهَا.

رَابِعُهَا: التَّقْلِيدُ فِي الدِّينِ وَهُوَ الأَخْذُ فِيهِ بِقَوْل الْغَيْرِ مَعَ عَدَمِ مَعْرِفَةِ دَلِيلِهِ. أَوْ هُوَ الْعَمَل بِقَوْل الْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): المهديين.

فقيل له في ذلك.

قال: أما أنس فقد اختلط عقله في آخر عمره وكان يستفتي من علقمة وأنا لا أقلد علقمة، فكيف أقلد من يستفتي منه؟

وأما أبو هريرة كان يروي كل ما يسمع من غير أن يتأمل في المعنى ومن غير أن يعرف الناسخ والمنسوخ.

وأما سمرة فقد بلغني عنه أمر ساءني، والذي بلغني عنه أنه كان يتوسع في الأشربة المسكرة سوى الخمر. فلم نقلدهم في فتواهم.

أما فيما رووا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم نأخذ [بروايتهم][(١)]؛ لأن كل واحد منهم موثوق به فيما يروي.

وفي الرواية الثالثة قال: أقلد جميع الصحابة وأفتي بفتواهم، وهو الظاهر من المذهب.

وهذا لا يخلو إما قالوا ذلك جزافًا أو سماعًا أو اجتهادًا، ولا يظن بهم أنهم قالوا جزافًا، وإن كان سماعًا لزم كل واحد الانقياد له، وإن كان اجتهادًا فاجتهادهم أولى من اجتهاد غيرهم لأنهم يوفقون للصواب ما لا يوفق غيرهم كذلك.

وأما تقليد التابعين؛ فعن أبي حنيفة فيه روايتان:

في رواية قال: من كان من أئمة التابعين وأفتى في زمن الصحابة وزاحمهم في الفتوى وسوغوا له الاجتهاد مثل: شريح، والحسن، ومسروق، وابن أجدع، وعلقمة، فأنا أقلدهم؛ لأنهم لما بلغوا درجة الفتوى في زمن الصحابة، والصحابة سوغوا لهم الاجتهاد فصار قولهم كقول الصحابة.

وفي ظاهر الرواية قال: لا أقلدهم، هم رجال اجتهدوا ونحن رجال نجتهد.

وإنما ذكر أقاويلهم في الكتب لا محتجًا بهم بل بيانًا أنه لم يستند بهذا القول، بل سبقه غيره وقاله متبعًا لا مخترعًا.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): برأيهم.

(فصل [في الاجتهاد[(١)]])

لا بد من معرفة: [تفسير][(٢)] الاجتهاد، وأهلية الاجتهاد، والاجتهاد وحكمه.

أما تفسيره: فالاجتهاد بذل [المجهود][(٣)] لطلب المفقود.

وأما حده في الشرعيات: قال بعض مشايخنا: أن يكون عالمًا بالكتاب والسنة مما تتعلق بهما الأحكام الشرعية لا بجميع ما فيهما، وعارفًا بالإجماع والقياس، هذا هو الشرط لصيرورة الرجل مجتهدًا ليمكنه استخراج الأحكام واستنباطها من الأدلة الشرعية، ولا يشترطون معرفة الفروع التي استخرجها المجتهدون بآرائهم.

وقال بعضهم: يشترط مع هذا أن يكون عارفًا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كفروع [أبي حنيفة][(٤)] والشافعي وهذا للتسهيل على الناس، فإن من سمع عامة ذلك وتفقه فيه يصير من أهل الاجتهاد.

وقال بعضهم: من حفظ (**المبسوط**): ومذهب المتقدمين فهو من أهل الاجتهاد.

وإذا بلغ الرجل هذا الحد يصير مجتهدًا ويجب عليه العمل باجتهاده ويحرم عليه تقليد غيره.

وأما حكمه: قال أهل الحق: بأن المجتهد قد يخطئ وقد يصيب في الشرعيات.

وقال بعض مشايخنا: إنه مصيب في اجتهاده بكل حال، ولكنه قد يخطئ وقد يصيب في الشرعيات فيما يؤدي إليه اجتهاده بأن كان عند الله بخلافه وهو مروي عن أبي حنيفة، فإنه رُوي عن أبي حنيفة قال: كل مجتهد مصيب، والحق عند الله تعالى واحد، وتفسيره ما ذكرنا.

---

(١) الاجْتِهَادُ فِي اللُّغَةِ بَذْل الْوُسْعِ وَالطَّاقَةِ فِي طَلَبِ أَمْرٍ لِيَبْلُغَ مَجْهُودَهُ وَيَصِل إِلَى نِهَايَتِهِ. وَلَا يَخْرُجُ اسْتِعْمَال الْفُقَهَاءِ عَنْ هَذَا الْمَعْنَى اللُّغَوِيِّ.
أَمَّا الأُصُولِيُّونَ فَمِنْ أَدَقِّ مَا عَرَّفُوهُ بِهِ أَنَّهُ بَذْل الطَّاقَةِ مِنَ الْفَقِيهِ فِي تَحْصِيل حُكْمٍ شَرْعِيٍّ ظَنِّيٍّ، فَلَا اجْتِهَادَ فِيمَا عُلِمَ مِنَ الدِّينِ بِالضَّرُورَةِ، كَوُجُوبِ الصَّلَوَاتِ، وَكَوْنِهَا خَمْسًا.
وَمِنْ هَذَا يُعْلَمُ أَنَّ مَعْرِفَةَ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ مِنْ دَلِيلِهِ الْقَطْعِيِّ لَا يُسَمَّى اجْتِهَادًا.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): تقسيم.

(٣) ما بين المعكوفتين في (س): المجتهد.

(٤) هكذا في (س)، وقد وردت في الأصل: السلف.

وقال عامة المعتزلة وأكثر الأشعرية: إن كل مجتهد مصيب في الشرعيات، وهذا الاختلاف بناء على أن عندهم الحق عند الله تعالى حقوق، وكل مجتهد متى أدى اجتهاده إلى شيء يكون صوابًا في حقه عند الله تعالى لا في حق صاحبه.

وعند أهل الحق: الحق عند الله واحد، والاجتهاد طلب ذلك الحق، فإن وجده يكون مصيبًا، وإن لم يجده يكون مخطئًا ضرورة، وذلك لأن الشيء الواحد في زمان واحد في حق شخص واحد بجهة واحدة حلال وحرام، صحيح وفاسد من باب التناقض، فيجب تنزيه الشرع عن التناقض، والحل متى كان ثابتًا في زمان واحد في شيء واحد في حق شخص واحد لمصلحة معلومة، وتلك المصلحة قائمة في حق شخص آخر ظاهرًا يكون تناقضًا، فأما عند اختلاف المصلحة فلا، وعند التنصيص بالنقيضين في حق شخصين يعرف بدلالة الحال اختلاف المصلحة، فأما في غير المنصوص عليه لا يجوز القول باطل في حق شخص وبالحرمة في حق شخص آخر مثله في الحال والمصلحة في حقه ظاهرة ولا على مصلحة باطنة يكون تناقضًا في الشرع.

ثم هل يجوز للصحابي المجتهد أن يجتهد في عصر النبي عليه السلام؟

قيل: لا يجوز؛ لأن اجتهاد غير النبي يحتمل الخطأ، وإنما يجب العمل به عند الضرورة، ولا ضرورة مع إمكان الوصول إلى الصواب بيقين، وهو الرجوع إلى النبي عليه السلام.

وقيل: يجوز لحديث معاذ حين قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "بم تقضي؟ قال: بكتاب الله" الحديث.

وقال عامة العلماء: يجوز لمن كان بعيدًا منه، ولا يجوز لمن كان قريبًا منه، وهو الأصح؛ لأنه متى أمكنه الرجوع إلى جواب النبي عليه السلام قبل فوت حكم الحادثة ورأي النبي أقوى من رأيه فلا يجوز له ترك الأقوى مع القدرة عليه، كما لا يجوز الاجتهاد في زماننا مع إمكان الوصول إلى النص.

وإن كان بعيدًا منه وهو بحال يفوت حكم الحادثة بالرجوع إلى النبي عليه السلام

في السؤال عنه يجوز الاجتهاد لمساس الحاجة إليه، دل عليه أن النبي عليه السلام سوّغ لمعاذ الاجتهاد حين بعثه إلى اليمن؛ لأنه كان بعيدًا عنه.

ثم النبي عليه السلام هل كان يقضي بالاجتهاد فيما لم يوح إليه؟

قيل: إنه غير جائز؛ لأن في اجتهاده تسبب لتنفير الناس عن اتباعه والعمل بشريعته؛ لأن الناس متى سمعوا أنه يحكم في شريعته برأيه واجتهاده ربما يسبق إلى أوهامهم أنه [يقضي به][(١)] من تلقاء نفسه، وذلك سبب النفرة والتفرق إذ الطبع ينفر عن اتباع مثله، فلا يجوز أن يكون مأذونًا بما يقضي إلى النفرة عنه.

وقال عامة العلماء: بأنه جائز عليه وهو مأمور به، وهو مروي عن أبي يوسف والشافعي لقوله تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ ﴿٢﴾﴾ [الحشر: ٢] وهذا نص عام، **ولما رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القُبلة للصائم هل تفطره؟** فقال: **"أرأيت لو تمضمضت بماء ثم مججته أكان يضرك؟ قال: لا، قال: فيم إذًا"[(٢)]** وهذا هو صورة القياس، ولأن اجتهاده صواب بيقين؛ لأنه معصوم عن الخطأ في أمور الدين عند أكثر الأمة، وعند الكل البعض معصوم عن القرار على الخطأ واجتهاد غيره يحتمل، فلما جاز الاجتهاد لغيره فلأن يجوز اجتهاده أولى واجتهاده العام من الله تعالى أو علم ضروري، فكان وحيًا من

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): نصبه.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٦٠/٣ (٩٤٩٨) قال: حدثنا شبابة. و«أحمد» ٢١/١ (١٣٨) و٥٢/١ (٣٧٢) قال: حدثنا حجاج. و«عبد بن حميد» (٢١) قال: حدثني أبو الوليد. و«الدارمي» (١٨٥٠) قال: حدثنا أبو الوليد الطيالسي. و«أبو داود» (٢٣٨٥) قال: حدثنا أحمد بن يونس (ح) وحدثنا عيسى بن حماد. و«النسائي» في «الكبرى» (٣٠٣٦) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد. و«ابن خزيمة» (١٩٩٩) قال: حدثنا الربيع بن سليمان، قال: حدثنا شعيب بن الليث. و«ابن حبان» (٣٥٤٤) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا أبو الوليد الطيالسي.

سبعتهم: (شبابة بن سوار، وحجاج بن محمد، وأبو الوليد الطيالسي، وأحمد بن يونس، وعيسى بن حماد، وقتيبة بن سعيد، وشعيب بن الليث) عن الليث بن سعد، عن بكير بن عبد الله بن الأشج، عن عبد الملك بن سعيد الأنصاري، عن جابر بن عبد الله، فذكره.

الله تعالى إلا أنه وحي بطريق الإلهام والاجتهاد فيكون نصيب الشرع من الله تعالى لا من تلقاء نفسه، فلا يؤدي إلى التنفير، والله تعالى أعطى لرسوله العلم بالأحكام بالظروف كلها ليكون علمه أوسع ودرجته أرفع. فمن أنكر بعض طريق العلم له الذي هو أدق وأغمض وأثبت لغيره مع عدم العصمة عن الخطأ والزلل فقد بالغ في الخطأ والضلال.

ثم لا بد من معرفة فصلين:

أحدهما: إذا اتفق أصحابنا أبو حنيفة وصاحباه في شيء لا ينبغي للقاضي أن يخالفهم برأيه؛ لأن الحق لا يعدوهم، فإن أبا يوسف كان صاحب حديث حتى رُوي أنه قال: أحفظ عشرين ألف حديث من المنسوخ، فإذا كان يحفظ من المنسوخ هذا القدر فما ظنك في الناسخ، وكان محمد صاحب فقه ومعنى، ولهذا قلّ رجوعه في المسائل وكان مقدمًا في معرفة اللغة وله معرفة بالأحاديث أيضًا، وأبو حنيفة رحمه الله كان في ذلك كله إلا أنه قلّت روايته لمذهب خاص له من باب الحديث وهو أنه لا يحل رواية الحديث عنده إلا إذا كان يحفظ الحديث من حين سمع إلى أن يروي.

والثاني: إذا اختلفوا فيما بينهم، قال عبد الله بن المبارك: يؤخذ بقول أبي حنيفة؛ لأنه كان من التابعين وزاحمهم في الفتوى.

وقال المتأخرون من مشايخنا: إذا اجتمع منهم على شيء وفيهما أبو حنيفة يؤخذ بقولهما، وإن كان أبو حنيفة في جانب وهما في جانب، فإن كان القاضي من أهل الاجتهاد يستفتي غيره فيأخذ بقوله بمنزلة العامي.

وذكر الحسن بن زياد: الجاهل بالعلم إذا استفتى فقيهًا فأفتاه بقول أخذ بقوله ولا يسعه أن يتعدى إلى غيره، وإن كان في المصر فقيهان سيان في الفتوى فاختلفا على شيء فلينظر أيهما يقع في قلبه أنه أصوبهما وسعه أن يأخذ به، فإن كانوا ثلاثة فقهاء في مصر واتفق اثنان على شيء أخذ بقولهما ولا يأخذ بقول الثالث، وإن اختلفوا ولم يتفق اثنان منهم على شيء اجتهد هو رأيه فيه فأيهم كان أصوب عنده عمل به، وليس له أن يعمل بقول غير واحد منهم.

قال أبو العباس الناطفي في أجناسه: هذا إذا كان المستفتي على مذهب أهل العراق أفتى عالم بقول أبي حنيفة وأفتى عالم بقول أبي يوسف، وأفتى عالم بقول محمد أو بقول زفر، فإنه ليس له أن يأخذ بقول الشافعي أو مالك.

وله: أن يأخذ بقول القاضي إذا حكم عليه بخلاف مذهبه، وإن كان في مصر قوم من أهل الفقه شاورهم في ذلك؛ لأن الله تعالى أمر رسوله بذلك بقوله: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩] والقاضي لا يكون أفطن في نفسه من الرسول، فإن اتفقوا على شيء كان رأيه كرأيهم. فصل الحاكم: فإن اختلفوا نظر إلى أقرب الأقاويل عنده من الحق وأمضى عند ذلك ولا يعتبر كبر السن ولا كثرة العدد؛ لأن الأصغر والواحد قد يوفق للصواب في حادثة ما لا يوفق الأكبر والجماعة، إما بكثرة فطنته وحفظه أو لجودة خاطره وذكاء فهمه، ألا ترى أن عمر رضي الله عنه كان يشاور ابن عباس وكان يقول له: يا غواص غص، وكان إذا أصاب يقول: شنشنة أعرفها من أحزم. وهذا مثل يذكره العرب لمن يشبه أباه. وكان يأخذ بقوله وعمر كان أكبر سنًّا، وإذا اجتمع فقهاء البلدة على شيء وكان رأيه خلاف ذلك فلا ينبغي أن يعجل بالحكم حتى يكتب فيه إلى غيرهم ويشاورهم ثم ينظر إلى الحاضر، فإن وافق رأيه رأيهم يقضي به، وإن خالف رأيه رأيهم قضى برأي نفسه؛ لأن رأيه صواب عنده ورأي غيره لا، إلا أنه أمر بالمشورة في الابتداء رجاء أن ينضم رأي غيره إلى رأيه، فإذا لم ينضم لا يدع رأيه برأي غيره، وإن قضى برأي غيره وهو يرى خلافه ينفذ قضاؤه عند أبي حنيفة، وعندهما لا ينفذ حتى كان للسلطان أن ينقض قضاؤه.

لهما: إن رأى غيره خطأ عنده، فإذا قضى برأي غيره فقد قضى بما هو خطأ عنده فلا ينفد قضاؤه، كما في القبلة إذا تحرى جهة ثم نزل تلك الجهة وصلى إلى جهة أخرى بتحري غيره لا يجوز وإن أصاب القبلة، وكذلك إذا أودع عند إنسان مالًا ونسي المودع وأراد المودع أن يضع زكاة ماله فيه لا يجوز؛ لأن عنده أنه غني، وكذلك إذا كان على رجل فائتة حديثة، فافتتح الصلاة ونسي الفائتة فاقتدى به إنسان، وعلم أن عليه فائتة فصلاة الإمام جائزة وصلاة المقتدي فاسدة.

له: أن القاضي قضى في موضع الاجتهاد فينفذ قضاؤه كما لو قضى برأيه، وهذا لأنه لم يتيقن بخطأ اجتهاد غيره؛ لأن المجتهد لا يقطع القول بأن الصواب فيما قاله بل عنده أن الأمر محتمل، فإذا كان محتملًا للصواب ترجح ذلك الاجتهاد باتصال القضاء به فينفذ القضاء.

وذكر أبو بكر الرازي الخلاف فيما إذا حكم بخلاف مذهبه وقد نسيه، فأما إذا ذكر مذهبه فلا يجوز حكمه بالإجماع.

وأما إذا لم يكن للقاضي رأي وقت القضاء فقضى برأي غيره ثم ظهر للقاضي رأي بخلاف ما قضى.

قال أبو يوسف: لا ينقض قضاؤه.

وقال محمد: ينقض.

لمحمد: أن رأيه في حق وجوب القضاء عليه بمنزلة النص؛ لأنه يوجب القضاء عليه كالنص.

ولو قضى برأيه ثم تبين نص بخلافه ينقض قضاؤه فكذا هذا.

لأبي يوسف: إن رأي غيره عند عدم رأيه بمنزلة رأيه، ألا ترى أنه يجب عليه القضاء برأي غيره متى لم يكن له رأي فصار كأنه قضى برأي نفسه ثم ظهر رأي بخلافه، ولو كان كذلك لا ينقض قضاؤه؛ لأن الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله فكذا هذا. [والله تعالى أعلم بالصواب][(١)].

(باب صفة الجلوس للقضاء)

ويجلس القاضي للحكم في المسجد وكذلك السلطان.

وقال الشافعي: يكره.

وقال مالك: إن تعمد الذهاب إلى المسجد لفصل [الخصومة][(٢)] فيه يكره، وإن تقدم إليه الخصمان في المسجد فلا بأس به.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): القضاء.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "**إِنَّمَا بُنِيَتِ الْمَسَاجِدُ لِذِكْرِ اللَّهِ وَلِلْحُكْمِ**"(١) سوى بين العبادة والحكم، ورُوي "**أن النبي عليه السلام كان يفصل بين الخصوم في معتكفه**"، والخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات، ولأن القضاء في المسجد أنفى للتهمة عن القضاة وأسهل للناس في الدخول عليه وأجدر أن لا يحجب عنه أحد(٢).

وأما المشرك فالنجاسة في اعتقاده لا على ظاهر بدنه فلا يصيب الأرض منه شيء والحائض مسلمة، والظاهر أنها تحترز عن دخول المسجد في حالة الحيض وتخبر أنها حائض، فإذا أخبرت القاضي لا يكلّفها دخول المسجد لكن يخرج إليها أو يأتي إلى باب المسجد لينظر في خصومتهما كما لو وقعت الخصومة في الدابة، فإنه لا يمكن إحضارها في المسجد لكن يخرج القاضي لسماع الدعوى والشهادة من الشهود والإشارة إليها فكذا هذا.

وقال أبو حنيفة: ينبغي للقاضي أن يجلس للحكم في المسجد الجامع؛ لأن في الخصوم الغرباء وأهل البلدة فينبغي أن يختار القاضي للجلوس موضعًا لا يخفى ذلك على الغرباء وأهل البلدة والمسجد الجامع أشهر المواضع. ولا يخفى ذلك على أحد ولا بأس بأن يجلس في بيته ويأذن للناس، ولا يمنع أحدًا من الدخول عليه، ويجلس معه من كان يجلس معه في المسجد؛ لأنه لو جلس وحده تتمكن فيه تهمة الميل، ولا بأس بأن يقعد في الطريق إذا كان الطريق لا يضيق بالمارة، فإن كان يضيق فلا يقعد بل يقعد في ناحية الطريق فينظر فيها، ولا يقضي ماشيًا؛ لأنه يتفرق رأيه ويختل فهمه ولا بأس أن يقضي متكئًا؛ لأن الاتكاء يزيد في الفهم والرأي؛ لأن راحة النفس في الاتكاء أكثر من الراحة في الجلوس مستويًا، ولهذا لا يبطل خيار المجبرة بالاتكاء إلا أن القضاء مستوي الجلوس أفضل تعظيمًا لأمر القضاء.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٧٠ - ط. دائرة المعارف العثمانية): "غريب بهذا اللفظ، وأخرجه مسلم، ليس فيه الحكم" انتهى. وبدون هذه الزيادة هو في صحيح مسلم (١/٢٣٧ - ط. الحلبي) من حديث أنس.

(٢) انظر: ابن عابدين ٤/٣١٠، والاختيار ٢/٨٥، وجواهر الإكليل ٢/٢٢٣، ٢٢٤، والمغني ٩/٤٤، ٤٥، ٤٦.

ورُوي عن أبي يوسف أنه استفتي عن مسألة وهو متكئ فاستوى وارتدى وتعمم ثم أفتى تعظيمًا لأمر الفتيا، وإذا دخل القاضي المسجد هل يسلم على الناس قيل: إن سلم فلا بأس، وإن ترك وسعه لتبقى الهيبة وتكثر الحشمة وإلى هذا مال الخصاف، وقيل: عليه أن يسلم ولا يسعه الترك، وهكذا إذا دخل على الوالي أو الأمير عليه أن يسلم؛ لأنه سنة فلا يسعه ترك السنة بسبب تقلد العمل، فأما إذا جلس ناحية من المسجد للفصل والحكم لا يسلم على الخصوم ولا يُسلَّم عليه؛ لأنه جلس للقضاء فينبغي أن يشتغل بما جلس لأجله والخصوم ما تقدموا إليه إلا لأجل الخصومة فينبغي أن يشتغلوا بما جاؤوا له، وعن هذا قال بعض مشايخنا: من هذا جرى الرسم أن الناس متى دخلوا على الولاة والأمراء لا يسلمون عليهم وهم لا يسلمون على الناس، والصحيح أن الناس يسلمون عليهم وهم يسلمون على الناس بخلاف القاضي. والفرق أن الأمير إنما جلس للزيارة لا للحكم والفصل وتحية الزائرين السلام، فأما القاضي إنما جلس للحكم لا للزيارة فلا يسلمون عليه، وإن سلموا عليه وهو في مجلس الحكم لا يجب عليه رد السلام، فإن رد فلا بأس إنما يجب في أوانه لا في غير أوانه؛ لأنه جلس للحكم لا لرد السلام، ألا ترى أنه لو سلم على الصبي لا يستحق الجواب[1].

وكذلك قيل: من جلس ليفقه تلامذته أو جلس للذكر أو لقراءة القرآن في المسجد فدخل عليه أحد وسلم وسعه أن لا يرد سلامه؛ لأنه جلس للذكر أو التعليم لا لرد السلام فلا يكون السلام في أوانه فلا يستحق الجواب، وإذا دخل القاضي المسجد يستحب أن يصلي ركعتين أو أربعًا، أولًا لقوله عليه السلام: "**من دخل المسجد فلْيُحَيِّهِ بركعتين، وإن شاء صلى أربعًا والأربع أفضل**"؛ لأنه صلاة النهار، ويدعو الله تعالى أن يوفقه ويسدده للحق ويعصمه عن معاصيه ثم يجلس للحكم ويستقبل القبلة بوجهه لقوله عليه السلام: "**إِنَّ سَيِّدَ الْمَجَالِسِ مَا اسْتَقْبَلَ الْقِبْلَةَ**"[2]

---

(١) انظر: تحفة الأحوذي ٣٢٦/٢، والمغني ٧٢/٢، ٨٠، والخرشي ٢٩٤/١ ط. بولاق، وشرح الروض ١٧٤/١، ونهاية المحتاج ٥٤/٢، ٦٠، ٦١، ورد المحتار ٤٣٣/١، ٤٣٨، وتقرير الرافعي عليه ٨٥/١، وكشاف القناع ٣٤٢/١ ط. السنة المحمدية.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٢٥/٣، رقم ٢٣٥٤) قال المنذري (٢٩/٤) والهيثمي (٥٩/٨): إسناده حسن.

وهذا كان في عرف زمانهم، أما في زماننا جرى الرسم أن القاضي يسند ظهره إلى المحراب، وهذا موافق لما رُوي **أن النبي عليه السلام كان إذا فرغ من صلاته يسند ظهره إلى المحراب ويقول لأصحابه: "هل رأى أحد منكم رؤيا"**[1].

وكذلك الخطيب يوم الجمعة يخطب على المنبر مستدبر القبلة، ويكون الأعوان أمامه من بعيد بحيث لا يسمعون ما يدور بينه وبين من تقدم إليه من الخصوم؛ لأن مجلس القضاء مجلس هيبة وحشمة فيقفون بين يديه ليكون أهيب في عيون الناظرين، وإذا أراد أن يجلس معه قومًا من أهل الفقه والأمانة أجلسهم قريبًا منه؛ لأن أهل الفقه إنما يجلسون مع القاضي لأجل المشورة، وإنما يحصل هذا المقصود إن كان بالقرب منه بخلاف الأعوان فإنهم يكونون ببعدٍ منه؛ لأن الأعوان إنما يقفون لأجل الهيبة، وإنما تحصل الهيبة إذا كانوا ببعد منه.

وكذلك أهل الأمانة يكونون بقرب منه؛ لأن أهل الأمانة إنما حضروا لأجل الشهادة، وإكرام الشهود واجب، أو ليذكّروا القاضي بما جرى على لسانه، وهذا يحصل بالقرب منه لا بالبعد عنه، ولا بأس بأن يجلس وحده إذا كان عالمًا بالقضاء، وإن كان جاهلًا يستحب أن يجلس معه قومًا من أهل الفقه؛ لأنه لا يؤمن أن يزلّ عن الحق فينبهونه على ذلك، ويضع القِمَطْر[2] عن يمينه؛ لأن فيه السجلات والمحاضر والصكوك فيجب أن يكون معدًّا بين يديه، وإذا أخرجها القيم وحملها بين يديه من منزله إلى المسجد، ويجلس كاتبه ناحية عنه حيث يراه حتى لا يخدع بالرشوة فيزيد في ألفاظ الشهادة أو ينقص، ويتخذ كاتبًا ورعًا مسلمًا؛ لأن القاضي لا يجد بدًّا من الكتابة؛ لأن كل ما يحتاج إليه القاضي لا يمكنه أن يكتبه بنفسه، ويتخذ

---

(١) أخرجه أحمد ١٣٥/٣ (١٢٤١٢) قال: حدثنا بهز. وفي (١٢٤١٣) قال: حدثنا أبو النضر. وفي ٢٥٧/٣ (١٣٧٣٣) قال: حدثنا عفان. و«عبد بن حميد» (١٢٧٦) قال: حدثني هاشم بن القاسم. و«النسائي»، في «الكبرى» (٧٥٧٥) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن المبارك، قال: حدثنا أبو هشام. و«أبو يعلى» (٣٢٨٩) قال: حدثنا شيبان. و«ابن حبان» (٦٠٥٤) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا شيبان بن فروخ. خمستهم: (بهز، وهاشم أبو النضر، وعفان، وأبو هشام المخزومي، وشيبان) عن سليمان بن المغيرة، عن ثابت، فذكره.

(٢) القِمَطْرُ: ما تصان فيه الكتب.

أعوانًا بين يديه لأن مجلس القضاء مجلس هيبة، ولو لم يتخذ أعوانًا ربما يُستخف بالقاضي فتذهب مهابته، ولأنه يحتاج إلى حضور الخصوم وربما لا يمكنه الإحضار بنفسه.

(باب ما يفعله القاضي في مجلس القضاء)

وينبغي للقاضي أن يتقي الله تعالى، ويقضي بالحق، ولا يقضي لهوى يضله، ولا لرغبة تغرّه، ولا لرهبة ترجوه، بل يؤثر طاعة ربه ويعمل لمعاده وطمعًا في جزيل ثوابه وهربًا من ألم عذابه، فيتبع الحكمة وفصل الخطاب.

واختلفوا في تأويل فصل الخطاب: قيل: العلم بالقضاء، وقيل: المعرفة بوجوه القضاء، وقيل: الفصل بين الخصوم.

وإذا تقدم إليه الخصمان فالسنة أن يقعدا بين يديه جثوًّا هكذا وردت السنة، ولأن القاضي لو أجلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب إليه فتنعدم التسوية، ولو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره تنعدم به التسوية أيضًا يفضل اليمين على اليسار، وليس للقاضي أن يفضل أحدهما على الآخر وينبغي أن يسوي بين الخصمين في التطويل والنظر والمنطق؛ لأنه لو فضل أحدهما في ذلك ينكسر قلب الآخر ويضعف فربما يذهب ويترك حقه مخافة جوره وميله، ولا يرفع صوته على أحدهما إلا أن يسيء لقوله عليه السلام: "**مَن ابْتُلِيَ بِالْقَضَاءِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، فَلْيَعْدِل بَيْنَهُمْ فِي لَحْظِهِ وَإِشَارَتِهِ وَمَقْعَدِهِ، وَلَا يَرْفَعُ صَوْتَهُ عَلَى أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ مَا لَا يَرْفَعُ عَلَى الآخَرِ، ولا يَشدُّ على عَضُدِ أحَدِهما**"(١) أي: لا يعين أحدهما ولا يلقنه؛ لأنه متى أعان أحدهما ولقنه حجته يضعف الآخر فيعجز عن الأداء بحجته، ويكره أن يلوي عنقه على أحد الخصمين أي يعرض عنه بعدما كان مقبلًا عليهما وهذا منهي شرعًا؛ لأن فيه إعانة لأحد الخصمين ومكسرة للآخر وهو مأمور بالتسوية بينهما.

---

(١) أخرجه الطبراني (٢٨٤/٢٣، رقم ٦٢٢)، وأبو يعلى (٢٦٤/١٠، رقم ٥٨٦٧)، قال الهيثمي (١٩٤/٤): فيه عباد بن كثير الثقفي، وهو متروك. وأخرجه أيضًا: الديلمي (٣٣٧/١، رقم ١٣٤٣).

ولو اعتراه هم أو نعاس أو غضب أو جوع أو عطش أو حاجة حيوانية كف عن القضاء[١] لقوله عليه السلام: "**لَا يَقْضِي الْقَاضِي بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ**"[٢]. وقوله عليه السلام: "**لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان**"[٣]، وقال: لم يرد به أن يكون لضبط الطعام، وإنما أراد به أن لا يكون به جوع مفرط ولأن هذه الأشياء مما تورث خللًا في الفهم والإدراك.

---

(١) انظر: البحر الرائق ٣٠٣/٦ ط. المطبعة العلمية بالقاهرة، ومجلة الأحكام بشرح الأتاسي ٨٦/٦ طبعة مطبعة السلامة، والتحفة بحاشية الشرواني ٣٤١/٨، وحاشية الدسوقي ١٤١/٤ ط. عيسى الحلبي والمغني ٤٤/١٠، ٤٥، ونيل الأوطار ٢٧٣/٨.

(٢) أخرجه «البخاري» ٨٢/٩ (٧١٥٨) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا شعبة. و«مسلم» ١٣٢/٥ (٤٥١١) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي (٤٥١٢) قال: وحدثناه يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا هشيم (ح) وحدثنا شيبان بن فروخ، قال: حدثنا حماد بن سلمة (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان (ح) وحدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن جعفر (ح) وحدثنا عبيد الله بن معاذ، قال: حدثنا أبي، كلاهما عن شعبة (ح) وحدثنا أبو كريب، قال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة. و«ابن ماجه» (٢٣١٦) قال: حدثنا هشام بن عمار، ومحمد بن عبد الله بن يزيد، وأحمد بن ثابت الجحدري، قالوا: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٣٥٨٩) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان. و«الترمذي» (١٣٣٤) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا أبو عوانة. و«النسائي» ٢٣٧/٨ قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي «الكبرى» (٥٩٢٣) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: أخبرنا هشيم. و«ابن حبان» (٥٠٦٣) قال: أخبرنا محمد بن أحمد بن أبي عون، قال: حدثنا علي بن حجر، قال: حدثنا هشيم. وفي (٥٠٦٤) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا هشيم. ثمانيتهم: (سفيان بن عيينة، وسفيان الثوري، وهشيم بن بشير، وعبد الرحمن المحاربي، وشعبة بن الحجاج، وأبو عوانة الوضاح، وحماد بن سلمة، وزائدة بن قدامة) عن عبد الملك بن عمير.

(٣) أخرجه الدارقطني (٢٠٦/٤)، والخطيب (٢٧٦/٦)، والبيهقي (١٠٥/١٠ رقم ٢٠٠٦٩) وقال: تفرد به القاسم العمري وهو ضعيف. وأخرجه أيضًا: الحارث كما في بغية الباحث (٥١٩/١، رقم ٤٦١)، والطبراني في الأوسط (٣٦/٥، رقم ٤٦٠٣)، قال الهيثمي (١٩٥/٤): فيه القاسم بن عبد الله بن عمر وهو متروك كذاب. وابن عدي (٣٤/٦، ترجمة ١٥٧٧ قاسم بن عبد الله العمري)، وقال: عامة رواياته مما لا يتابع عليه.

ولهذا قال مشايخنا: إن القاضي لا ينبغي له أن يتطوع بالصوم في يوم الجلوس للقضاء؛ لأنه ربما يلحقه جوع مفرط فيضعف برأيه فيعجز عن القضاء، ولا يبيع ولا يشتري في مجلس القضاء لنفسه؛ لما رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى شريح: لا تسارّ، ولا تضارّ، ولا تبيع، ولا تبتاع في مجلس القضاء، ولا ترتشي، ولا تقضي بين اثنين وأنت غضبان، ولأن لمجلس القضاء زيادة هيبة وحشمة، والاشتغال بأمور لا خطر لها يزيل حشمة المجلس أم يخل بها، ولا بأس بذلك في غير مجلس القضاء، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يكره له ذلك وهو قول الشافعي؛ لأنه متى باع أو اشترى لنفسه، فإنه يُجافى له بحشمة القضاء والمحاباة بحشمة القضاء رشوة فيكره.

لنا: ما رُوي أن أبا بكر رضي الله عنه أنه باشر البيع بنفسه بعد الخلافة، ولأن القاضي يحتاج إليه لإقامة مصالحه وتحقيق معاشه فلا يكره له كالنكاح، وإنما يبيع ويشتري ممن يعلم أنه لا يحابيه، فأما إذا وقع عنده أنه يحابيه بحشمة القضاء، فإنه يكره له أن يبيع ويشتري منه، ويشهد الجنازة ويعود المريض لما رُوي "**أن النبي عليه السلام كان يشهد الجنازة ويعود المريض ويجيب الدعوة**" ولكن لا يطيل مكثه في ذلك المجلس.

ولا يمكن أحدًا أن يتكلم بشيء من الخصومات؛ لأن الخصم الآخر يتهمه ويجيب الدعوة العامة كالعرس والختان، ولا يجيب الدعوة الخاصة كالعشرة وما دونها خاصة وما فوقها عامة؛ لأن الدعوة العامة ما اتخذت لأجل القاضي بل اتخذت للعامة فلا يصير القاضي آكلًا لقضائه، والدعوة الخاصة اتخذت لأجل القاضي فيكون المقصود هو القاضي فيصير آكلًا لقضائه فتكون بمعنى الرشوة له.

وقيل في الفرق بين الدعوة العامة والخاصة ينظر: إن كان صاحب الدعوة بحال لو علم أن القاضي لا يحضر الدعوة لا يتخذ الضيافة فهذه دعوة خاصة، وإن كان يعلم أن القاضي لا يحضر يتخذ فهي عامة، وهذا إذا كان الأجنبي لم يتخذ الضيافة فهذه دعوة خاصة، وإن كان يعلم أن القاضي لا يحضر الدعوة فهي عامة وهذا إذا كان الأجنبي لم يتخذ الضيافة لأجله قبل القضاء، وإن كان يتخذ له الضيافة قبل

القضاء لمصادقة بينهما يجيبه بعد القضاء؛ لأن المودة السابقة دلت على أن الضيافة للمصادقة لا للقضاء والمواصلة، وصار كالمستقرض إذا أهدى إلى المقرض شيئًا أو أضافه إن كان يجري ذلك بينهما قبل القرض ولا بأس بالقبول وإلا فلا يقبل.

ويجيب الدعوة الخاصة من القرابة ويقبل هديتهم؛ لأنه أمكن إحالتها إلى القرابة وصلة الرحم فلا تورث التهمة هكذا ذكر الخصاف ولم يجد فيه خلافًا.

وذكر الطحاوي في مختصره خلافًا فقال: عندهما: يجيب الدعوة الخاصة للقريب، وعند محمد: لا يجيب، والظاهر أنه يجيب دعوة القريب بلا خلاف بدليل أنه يقبل هديته بالإجماع فالدعوة أولى.

هذا إذا لم يكن للقريب خصومة، فإن كان لا يجيبه ولا يقبل هديته، ولا يضيف القاضي أحد الخصمين إلا أن يكون خصمه معه؛ لأن الإضافة والخلوة به تورث التهمة، ويكره للقاضي أن يفتي في موضع القضاء في الخصومات والدعاوى، وفي غير مجلس القضاء اختلفوا فيه:

قيل: لا يكره؛ لأن في مجلس القضاء إنما كره؛ لأنه يكون مشغولًا بالقضاء فمتى أفتى يقع الخلل فيهما أو في أحدهما، وفي غير مجلس القضاء لا يكون مشغولًا بالقضاء فلا يورث خللًا في الفتوى.

وقيل: يكره أيضًا؛ لأن الخصوم يقفون على مذهبه، فيخبرون عنه بالحيل الباطلة فتؤدي إلى إبطال حقوق الناس، وهذا المعنى شمل مجلس القضاء وغيره.

ويكره أن يأذن لأحد الخصمين بأن يدخل في منزله؛ لأن ذلك مكسرة لخصمه، فأما من لم يكن له خصومة فلا بأس بأن يأذن له القاضي بالدخول عليه للسلام ولحاجة تعرض.

(باب سماع الدعوى والشهادة)

وينبغي للقاضي أن يقدم النساء على حدة؛ والرجال على حدة؛ لأن اختلاط الرجال بالنساء مما يؤدي إلى الفساد حتى لو وقعت خصومة الرجل مع المرأة لا بد أن يقدمهما فيجيب كل واحد منهما جواب خصمه، فإن رأى أن يجعل للنساء يومًا

على حدة فعل وهو الأحوط؛ لأنه أبعد من اختلاط النساء والرجال، وأبعد من اختلاط البعض بالبعض ويقدم الأول فالأول؛ لأن تقديم السابق أحق؛ لأن السبق يصلح للترجيح كما في الوصايا، وقوله عليه السلام هنا مباح من سبق إليه، وإن أراد أن يسبق بالغرباء بدأ؛ لأن قلب الغريب يكون مع أهله وولده فمتى كثر مكثه، وتردده على باب القاضي يملُّ ويكلُّ عن الخصومة فينصرف إلى وطنه ويترك حقه فيكون القاضي هو الذي ضيع حقه، فإن كان أضر ذلك بأهل المصر بأن كانوا كثيرًا جدًّا جعلهم كأهل المصر؛ لأن تقديم الغرباء على أهل المصر مستحب، والإضرار بأهل المصر حرام فكان ترك ما هو مستحب أولى من ترك ما هو حرام، وذكر الخصاف: لا يصدقه القاضي في قوله: إني غريب عازم على الرجوع إلى وطنه، ولكنه يسأل البينة على أنه غريب، هكذا رُوي عن محمد؛ لأنه يدعي معنى يتقدم به على غيره فيحتاج إلى إثباته بالبينة، ولكن لا يشترط العدالة في هذه الشهادة وشهادة المستور تكفي، ومن أصحابنا من قال بأن القاضي يسأله مع من يريد السفر فيسأل الرفقة أنهم متى يخرجون وإن فلانًا هل يخرج معهم وهل استعد لأمر السفر[(١)].

وكذلك لو قال المستأجر: أنا أريد السفر، وكذلك في أخذ الكفيل لما يأتي، وإذا اجتمع على باب القاضي أرباب الشهود والأيمان والغرباء والنساء يقدم القاضي الشهود لأنا أمرنا بإكرام الشهود وتوقيرهم لقوله عليه السلام: "**أَكْرِمُوا الشُّهُودَ، فَإِنَّ اللَّهَ تعالى يُحْيِي بِهِمُ الحق**"[(٢)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٨١/٧، ابن عابدين ١٩٦/٣، شرح الزرقاني ١٠٦/٨، القليوبي وعميرة ١٩٧/٤، المغني والشرح الكبير ٢٨٩/١٠، بداية المجتهد ٤٤٤/٢، نهاية المحتاج ٤٤٣/٧، كشاف القناع ١١٧/٦.

(٢) أخرجه عبد الملك بن أحمد البانياسي في جزئه كما في المداوي للشيخ الغماري (١٨٦/٢)، والخطيب (٣٠٠/١٠)، والديلمي (٦٧/١، رقم ١٩٥). وأخرجه أيضًا: القضاعي (٤٢٦/١، رقم ٧٣٢)، وابن عساكر (٢٤٢/٣٦)، وأورده العقيلي (٦٤/١، ترجمة ٦١ إبراهيم بن محمد العباسي) وقال: حديثه غير محفوظ. والذهبي في الميزان (٣٥٥/٤) ووافقه الحافظ في اللسان (٢١/٤) وقالا: هذا منكر. والحديث موضوع كما قال القاري في الموضوعات الكبرى (ص٦٥، رقم ٢٢٨)، والحافظ أحمد الغماري في المغير (ص٢٥).

وإن قدم أرباب الأيمان فله ذلك أيضًا؛ لأن فصل الخصومة باليمين أيسر؛ لأن في فصل الشهادة يحتاج إلى إثبات أسامي الشهود ذو النظر في لفظ الشهادة وتعديل الشهود وفي اليمين لا يحتاج إلى ذلك، فإن قدم الغرباء فله ذلك، وإن قدم النساء على الكل؛ لأن أمر المرأة مبني على الستر ومأمورة بالقرار في البيت، وإنما خرجت لأجل العذر فكان له أن يفصل خصومتها حتى تنصرف إلى بيتها فيكون ذلك أستر لها، وإذا تقدم الخصمان فالقاضي إن شاء ابتدأهما وقال ما لكما؟ وإن شاء سكت حتى يتكلما؛ لأن في البداية بكلامهما نوع فائدة؛ لأنه متى أمهلهما في الكلام يتمكن كل واحد منهما في الإدلاء بحجته زيادة تمكن، وذكر الخصاف يسألهما القاضي؛ لأن مجلس القضاء مجلس هيبة وحشمة، فمن لم ير مثل هذا المجلس يتحير ولا يمكنه أن يبين دعواه فينبغي للقاضي أن يؤنسه بكلام يسأله حتى يقدر على الدعوى، وإذا تكلم أحدهما أسكت الآخر ليتمكن فهم دعوة المدعي، وإذا ادعى المدعي فالقاضي يأخذ بياضًا فيكتب الدعوى في تلك الرقعة بلفظه لا يزيد عليه ولا ينقص، وينظر فيه أصحيح أم لا؟ فإن كان فاسدًا يقول للمدعي: دعواك فاسدة فاذهب وصحح دعواك، وإن كان صحيحًا إن شاء سأل المدعى عليه جوابه، وإن شاء نظر إليه، وعلى قول الخصاف يسأله وقال: ادعى عليك بكذا فماذا تقول؟ فإن أقر يكتب إقراره والتاريخ في تلك الرقعة وأمر المقر بالخروج عما أوجب عليه بإقراره، ثم إن عرفهما القاضي كتب أنه أقر فلان بن فلان لفلان بن فلان، وإن عرف أحدهما ولم يعرف الآخر، فمن عرفه أثبت معرفته، ومن لم يعرفه أرسل الكلام في حقه إرسالًا، وإن جحد المدعى عليه أثبت القاضي جحوده في الرقعة التي أثبت فيها دعوى المدعي؛ لأن الجحود مما يحتاج إلى معرفته في خلال الخصومة؛ لأنه ربما ادعى المدعي الوديعة وجحد المدعى عليه الوديعة أصلًا، ثم ادعى بعد ذلك الرد أو الهلاك، فإنه لا يسمع منه هذه الدعوى، وإنما يثبت الدعوى والجحود بلفظهما وعباراتهما، ولا يحول إلى لسان العربية إلا إذا أمكنه أن يحوّله من غير زيادة ونقصان، ومن غير أن يأتي بكلمة مبهمة مشتركة تؤدي إلى الاشتباه، فإذا لم يمكنه بينة بلسانه، ويكتب التاريخ وهذا الرسم رسمه الخصاف والقضاة اليوم على رسم

أحسن من هذا، وهو أن المدعي متى أتى باب القاضي يشاور بعض الوكلاء على باب القاضي حتى ينشره على الكاتب، ثم الكاتب يكتب دعواه على رقعة واسمه واسم خصمه، وإذا حضر خصمه تقدما على القاضي مع الرقعة فيكون ذلك أيسر على القضاة، ولا يحتاج الخصم إلى كثير تردد بين القضاة والكاتب، فإن جحد المدعى عليه قال للمدعي: ألك بينة؟ فقال: لا، فقال: لك يمينه، فإن قال المدعي استحلفه حلّفه القاضي؛ لأن اليمين حق المدعي كما أن البينة حقه لقوله عليه السلام: "**شاهداك أو يمينه**"(١)، وإنما صارت البينة على المدعي واليمين على من

---

(١) أخرجه «البخاري» ٣/١١٠ (٢٣٥٦ و٢٣٥٧) قال: حدثنا عبدان، عن أبي حمزة، عن الأعمش. وفي ٣/١٢١ (٢٤١٦ و٢٤١٧) و٣/١٧٧ (٢٦٦٦ و٢٦٦٧) قال: حدثنا محمد ، قال: أخبرنا أبو معاوية، عن الأعمش. وفي ٣/١٤٣ (٢٥١٥ و٢٥١٦) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا جرير، عن منصور. وفي ٣/١٧٨ (٢٦٦٩ و٢٦٧٠) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا جرير، عن منصور. وفي ٣/١٧٩ (٢٦٧٦ و٢٦٧٧) قال: حدثنا بشر بن خالد، قال: أخبرنا محمد بن جعفر، عن شعبة، عن سليمان. وفي ٦/٣٤ (٤٥٤٩ و٤٥٥٠) قال: حدثنا حجاج بن منهال، قال: حدثنا أبو عوانة، عن الأعمش. وفي ٨/١٣٤ (٦٦٥٩ و٦٦٦٠) قال: حدثني محمد بن بشار، قال: حدثنا ابن أبي عدي، عن شعبة، عن سليمان، ومنصور. وفي ٨/١٣٧ (٦٦٧٦ و٦٦٧٧) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا أبو عوانة، عن الأعمش. وفي ٩/٧٢ (٧١٨٣ و٧١٨٤) قال: حدثنا إسحاق بن نصر، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان، عن منصور، والأعمش. و«مسلم» ١/٨٥ (٢٧٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع (ح) قال: وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبو معاوية، ووكيع (ح) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، واللفظ له، قال: أخبرنا وكيع، قال: حدثنا الأعمش. وفي ١/٨٦ (٢٧٣) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا جرير، عن منصور. و«ابن ماجه» (٢٣٢٢) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، وعلي بن محمد، قالا: حدثنا وكيع، وأبو معاوية، قالا: حدثنا الأعمش. و«أبو داود» (٣٢٤٣) قال: حدثنا محمد بن عيسى، وهناد بن السري، المعنى، قالا: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا الأعمش. وفي (٣٦٢١) قال: حدثنا محمد بن عيسى، قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا الأعمش. و«الترمذي» (١٢٦٩ و٢٩٩٦) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا أبو معاوية، عن الأعمش. و«النسائي»، في «الكبرى» (٥٩٤٨) قال: أخبرنا هناد بن السري، عن أبي معاوية، عن الأعمش. وفي (٥٩٤٩ و١٠٩٤٥ و١٠٩٩٦) قال: أخبرنا الهيثم بن أيوب، قال: حدثنا =

أنكر من زمن داود عليه السلام بعد رفع السلسلة، وقصة السلسلة معروفة أنه رُوي أن داود عليه السلام لما أمر بفصل القضاء نزلت السلسلة من السماء، فإذا تقدم الخصمان، فالمحق منهما نزلت السلسلة له فينالها، والمبطل منهما تصعد السلسلة له فما ينالها وكان يفصل به فرفعت السلسلة وكان سبب رفعها وهو أن رجلًا أودع رجلًا دنانير ثم جحد المودَع الدنانير وكان سمحًا معه غضًّا فاختصما إلى داود عليه السلام فاحتال المودع ونقر عصاه وجعل الدنانير في العصا فلما اختصما وقام المدعي إلى السلسلة فنالها فقال المدعى عليه للمدعي: خذ عصاتي حتى أنال السلسلة فأخذها فنالها فكان محقًّا في جحوده أن لا حق له قبله، فتحير داود عليه السلام فنزل جبريل صلوات الله عليه فأخبره فأمره الله تعالى أن يقضي ببينة المدعي ويمين المدعى عليه، فإن قال المدعي لي بينة حاضرة، إن قال حاضرة في المجلس فالقاضي لا يحلّف المدعى عليه بالإجماع، وإن قال حاضرة في البلدة لا يحلّفه عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف يحلّفه، وقول محمد مضطرب، ذكر القدوري لقول أبي حنيفة، وذكر الخصاف لقول أبي يوسف.

لأبي يوسف: أن اليمين حقه بالنص، فإذا طالبه بإيفاء حقه يجيبه إلى ذلك بخلاف ما لو كانت البينة حاضرة في المجلس؛ لأنه لا فائدة في تحليفه مع حضور البينة.

لأبي حنيفة: أن اليمين كالحلف عن البينة فإنما يصار إليه عند العجز عن الأصل، فإذا كانت المسألة مختلفًا فيها فالقاضي إن رأى أن يميل إلى قوله: لا

=

يحيى بن زكريا، عن الأعمش. وفي (٥٩٥٠) قال: أخبرني محمد بن قدامة، قال: حدثنا جرير، عن منصور. و«أبو يعلى» (٥١١٤) قال: حدثنا محمد بن أبي بكر، قال: حدثنا حماد بن زيد، قال: حدثنا عاصم. وفي (٥١٩٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم، قال: حدثنا الأعمش. و«ابن حبان» (٥٠٨٤) قال: أخبرنا الحسين بن محمد بن أبي معشر، قال: حدثنا محمد بن وهب، ابن أبي كريمة، قال: حدثنا محمد بن سلمة، عن أبي عبد الرحيم، قال: حدثني زيد بن أبي أنيسة، عن سليمان. وفي (٥٠٨٦) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم، قال: حدثنا الأعمش. ثلاثتهم: (سليمان الأعمش، وعاصم بن أبي النجود، وهو ابن بهدلة، ومنصور بن المعتمر) عن أبي وائل، شقيق بن سلمة، فذكره.

يحلفه، وإن رأى أن يميل إلى قولهما يحلفه كما في التوكيل بغير رضا الخصم وليس ثمة عند المرض والسفر فالقاضي يجيبه.

وذكر الخصاف: ولا ينبغي للشاهد أن يبدأ بالشهادة عند القاضي حتى يقول القاضي ثم يشهد فيسأل القاضي واحدًا فواحدًا عن شهادته، وقال الطحاوي: لا بأس به.

وجه رواية الخصاف: أن الشهادة قبل الطلب من علامات الكذب، قال عليه السلام: **"ثم يَفْشُو الْكَذِب، فيشهد الرجل قَبْلَ أَنْ يُسْتَشْهَدَ، ويحلف قَبْلَ أَنْ يُسْتَحْلَفَ"**[(١)].

والكذب واجب الامتناع عنه فكذا عما هو من علامات الكذب.

وجه رواية الطحاوي: أن هذا خير الشهداء لقوله عليه السلام: **"ألا أنبئكم بخير الشهداء؟ فقالوا: نعم يا رسول الله، قال: أن يشهد قبل أن يطلب منه"**[(٢)]، فإذا كان هذا

---

(١) أخرجه أحمد ٢٦/١ (١٧٧) قال: حدثنا جرير. و«ابن ماجه» (٢٣٦٣) قال: حدثنا عبد الله بن الجراح، قال: حدثنا جرير. و«النسائي» في «الكبرى» (٩١٧٥) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا جرير. وفي (٩١٧٦) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا وهب بن جرير بن حازم، قال: حدثنا أبي. وفي (٩١٧٧) قال: أخبرنا عبد الله بن الصباح بن عبد الله، قال: حدثنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى، قال: حدثنا هشام، وهو ابن حسان، عن جرير بن حازم. و«أبو يعلى» (١٤١) قال: حدثنا شيبان، قال: حدثنا جرير بن حازم. وفي (١٤٢) قال: حدثنا علي بن حمزة البصري، قال: حدثنا جرير بن حازم. وفي (١٤٣) قال: حدثنا أبو خيثمة، زهير بن حرب، قال: حدثنا جرير بن عبد الحميد. و«ابن حبان» (٤٥٧٦) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا علي بن حمزة المعولي، قال: حدثنا جرير بن حازم. وفي (٥٥٨٦) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا جرير بن عبد الحميد. وفي (٦٧٢٨) قال: أخبرنا أحمد بن يحيى بن زهير، بتستر، قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن يزيد بن البراء الغنوي، قال: حدثنا عبد الأعلى، عن هشام بن حسان، عن جرير بن حازم. كلاهما: (جرير بن عبد الحميد، وجرير بن حازم) عن عبد الملك بن عمير، عن جابر بن سمرة، فذكره.

(٢) أخرجه مالك (٢١٠٥). وأحمد ١١٥/٤ (١٧١٦٦) قال: حدثنا إسحاق بن عيسى. و«الترمذي» (٢٢٩٥) قال: حدثنا الأنصاري، قال: حدثنا معن. و«النسائي»، في «الكبرى» =

من خير الشهداء لا يستقيم أن يجعل هذا من علامات الكذب.

وتأويل قول النبي عليه السلام: قبل أن يستشهد، قبل أن يتحمل كما في قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فالمراد من الاستشهاد هو التحمل، وإذا سأله القاضي يقول ثم يشهد ولا يقول كيف يشهد؛ لأن ذلك يكون شبه التلقين ولا يلقن الشهود شيئًا عندهما.

وقال أبو يوسف: لا بأس بأن يقول للشاهد اشهد بكذا؛ لأن الشاهد قد يعجز عن أداء الشهادة على وجهها مع كونه شاهدًا بالحق لهيبة المجلس، أو لعجزه عن التلفظ بلفظة الشهادة، فلو لم يقل له القاضي: أتشهد بكذا؟ أدى إلى إبطال حقوق الناس.

لهما: أن القاضي لم يعرف حقية المدعي فمتى لقن الشاهد ربما يشهد بتلقينه ولم يكن له شهادة فيكون التلقين من القاضي إعانة لأحد الخصمين بغير حق، وليس له ذلك كما لا يلقن المدعي الدعوى، وإن اتهم الشهود فرق الشهود إن رأى ذلك؛ لأنه متى جمعهم ربما يشهد أحدهم بشهادة فيتبع الباقون أثره ويشهدون بشهادته وربما لا يكون لهم شهادة فيغرهم، نفيًا للتهمة.

وذكر الخصاف: ولو شهد شاهد وفسر الشهادة على وجهها ثم شهد الآخر فقال: أشهد على مثل شهادة صاحبي لا يقبل القاضي حتى يتكلم بشهادته؛ لأن هذا محتمل يحتمل أن يكون المراد منه أشهد على مثل شهادته من أوله أو من خلاله أو من آخره فيضمر الشاهد شيئًا في الشهادة فيتجرد عن الوبال ويلبس على القاضي. والشهادة حجة القضاء مع الاحتمال لا يجب القضاء بها.

=

(٥٩٨٥) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه، وأنا أسمع، واللفظ له، عن ابن القاسم. و«ابن حبان» (٥٠٧٩) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر.

أربعتهم: (إسحاق، ومعن بن عيسى، وعبد الرحمن بن القاسم، وأحمد بن أبي بكر) عن مالك، عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، عن عبد الله بن عمرو بن عثمان، عن أبي عمرة الأنصاري، فذكره.

وقال بعض مشايخنا: المختار أنه ينظر إن كان الشاهد فصيحًا يمكنه بيان الشهادة على وجهها لا يقبل منه الإجمال، وإن كان أعجميًا غير فصيح يقبل منه الإجمال بأن قال الثاني: أشهد بما شهد به فلان هذا إذا كان بحال لولا حشمة مجلس القضاء يمكنه أن يعبر الشهادة بلسانه؛ لأنه بنى شهادته على شهادة صاحبه والبناء يكون كالمبني.

وقال بعضهم: المختار أنه ينظر إن أحس القاضي بخيانة من الشهود بشهادة الزور كلف كل شاهد أن يفسر شهادته، وإن لم يحس بشيء من الخيانة لا يكلف ويحكم في ذلك رأيه هذا كما رُوي عن محمد: أن القاضي إذا اتهم الشهود بشهادة الزور فرق بينهم، وإن لم يتهم لم يفرق هذا إذا قال الثاني: أشهد بما شهد به الأول، فإن قال: أشهد على مثل شهادة الأول لا تقبل؛ لأن هذه الشهادة على الشهادة وليست بشهادة على الحق؛ لأن مثل هذ يكون صلة قال الله تعالى: ﴿لَيۡسَ كَمِثۡلِهِۦ شَيۡءٞۖ﴾ [الشورى: ١١] أي ليس هو كشيء فيصير هذا وقوله: أشهد على شهادة الأول سواء فلا تقبل.

ولو شهد شاهد بالكتاب نحو: إن تكتب شهادتهم في بياض فيقرأ عليهم فيقول الشاهد: أشهد أن هذا المدعي جميع ما سمى ووصف في هذا الكتاب على المدعى عليه أو في يده بغير حق واجب عليه تسليمه تصح هذه الشهادة؛ لأن الشهادة ربما تكون طويلة ولا يمكن الشاهد حفظها على ظهر قلبه.

ولو لم يشهد من الكتاب لبطل حق المدعي فيباح له ذلك. ثم إن كانت الشهادة على الحاضر يحتاج الشاهد إلى الإشارة إلى ثلاثة مواضع إلى المدعي وإلى المدعى عليه وإلى المشهود به، وإن كانت الشهادة على ميت حضر وصيه أو غائب حضر نائبه ينبغي أن يذكروا اسمه واسم أبيه وجده؛ لأن المعرفة لا تحصل باسم واحد؛ لأنه لا يقع به التميز ولا يزول به الاشتباه وبذكر الأبوين يقع به التمييز ويزول به الاشتباه؛ لأن الاثنين جماعة فيكون ذكر الاثنين كذكر العشرة ومائة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: ذكر اسم الأب يكفي لما عرف في كتاب الشرائط، وإن ذكر اسمه واسم أبيه وصناعته لا يكفي؛ لأن الصناعة ليست بشيء لازم؛ لأن الأنساب قد تستغل بصناعة في زمان وتستغل بصناعة أخرى في زمان آخر فلا يحصل بها التعريف إلا إذا كانت صناعة يعرف بها لا محالة فحينئذ يكفي؛ لأن التعريف شرط فبأي شيء حصل التعريف فقد حصل الشرط هذا إذا لم يكن الرجل مشهورًا، وإن كان مشهورًا كشهرة أبي حنيفة وابن أبي ليلى لا يشترط ذكر النسبة؛ لأن المقصود من ذكر النسبة التعريف وهو حاصل.

(باب شرائط الدعوى والخصومة)

قضاة ثلاثة ببغداد كل واحد منهم على موضع معلوم، فاختلف المتداعيان فيمن يختصمان إليه منهم، يُنظر إن كان منزل المدعي والمدعى عليه في موضع واحد اختصما إلى ذلك القاضي الذي هو في موضعهما.

فإن كان منزل كل واحد منهما في جانب آخر:

قال أبو يوسف: ذلك إلى المدعي يذهب حيث شاء؛ لأن هو الطالب والمنشئ للخصومة.

وقال محمد: هو إلى المدعى عليه إنما أنظر إلى قاضي المدعى عليه فيختصمون إليه؛ لأنه هو الدافع للخصومة.

ثم الدعوى لا تخلو إما أن تكون في العقار أو في المنقول، فإن كانت في العقار ينبغي أن يسمي بلده وموضعه وحدوده؛ لأن الدعوى إنما تصح إذا كان المدعى به معلومًا، وإنما يصير معلومًا بذكر هذه الأشياء.

وإن ذكر حدين لا تقبل دعواه.

قال مشايخ بلخ وهو رواية عن أبي يوسف: إن ذكر حدين متلازمين بأن ذكر حد اليمين والمغرب أو حد اليسار والمشرق لا يقبل؛ لأنه قد يتفق المحدودان في الغالب بحدين متلازمين فلا يقع به التعريف.

وإن ذكر حدين متقابلين بأن يكون نادرا فيصير ما بينهما معلومًا، فإن ذكر ثلاثة

حدودٍ أو ذكر الشهود ثلاثة حدود وقالوا: لا نعرف الحد الرابع تقبل دعواه والشهادة استحسانًا.

وقال زفر: لا تقبل قياسًا؛ لأنه قد يتفق المحدودان في حدود ثلاثة فلا يقع به التعريف.

لنا: أنه قل ما يتفق محدودان في ثلاثة حدود، فلو اتفقا يكون نادرًا فيقع به التعريف كما في بني آدم يقع التعريف بذكر ثلاثة أشياء الاسم والنسبة إلى الأب والجد.

ولو ذكر أربعة وغلط في حد واحد قيل: تقبل دعواه وقاسوا وقوع الغلط في أحد الحدود بترك أحد الحدود الأربعة.

وذكر الخصاف في أدب القاضي: أنه لا يقبل دعواه وهو الصحيح، والفرق بينهما أنه متى غلط في أحد الحدود صار المدعى به شيئًا آخر، ونظيره لو شهد شاهدان بالبيع وقبض المبيع؛ لأنه متى ذكر أحد الحدود من دار أخرى، وقد تتفق تلك الدار والدار المدعى بها في حدين آخرين فيحتمل أن يكون المدعى به تلك الدار والتي ذكر أحد حدوده فلا يقبل، ومتى تركوا أحدًا واحدًا لا يصير المدعى به شيئًا آخر، ونظيره لو شهد شاهدان بالبيع وقبض المبيع؛ لأنه متى ذكر أحد حدود دار أخرى، وقد تتفق تلك الدار والدار المدعى بها في حدين، فيحتمل أن يكون المدعى به تلك الدار التي ذكر أحد حدوده فلا يقبل، ومتى تركوا حدًّا واحدًا لا يصير المدعى به شيئًا آخر، ونظيره لو شهد شاهدان بالبيع وقبض المبيع وتركوا ذكر الثمن جاز.

ولو غلطوا في الثمن لا يجوز فكذا هذا، وهذا إذا لم تكن الدار مشهورة، فإن كانت مشهورة معروفة مثل دار عمرو بن حريث بالكوفة، ومثل دار الزبير بالبصرة لا يقع التعريف إلا بذكر الحدود عند أبي حنيفة، وعندهما يستغنى عن ذكر الحدود؛ لأن التعريف يقع لمجرد الاسم في بني آدم حالة الشهرة فكذلك في العقار.

له: أن بالشهرة يصير أصل النفقة معلومًا فأما المقدار يبقى مجهولًا؛ لأنه مما يزداد وينقص والاسم على حاله والمقدار مقضي به كأصل النفقة فلا يصير المشهود

به معلومًا بذكر الاسم بخلاف بني آدم؛ لأنه لا يتغير إلى زيادة ونقصان فيقع التعريف لمجرد الاسم حالة الشهرة.

وذكر الخصاف: لو قال الشهود يشهدان الدار في موضع كذا لهذا الرجل وملكه ولكنا لا نعرف أسماء حدودها يقبل القاضي شهادتهم، فإذا أراد أن يحكم بذلك للمدعي بعث بالشهود ليمشوا على الحدود ويقفوا عليها ويذهب المدعي بجماعة معهما من الشهود حتى يقفوا على الحدود بحضرتهم ويقولون: هذه حدود الدار التي شهدنا بها لهذا، ثم الجماعة يأتون القاضي فيشهدون على أسماء الحدود فيحكم للمدعي بهذه الدار.

وكذلك الضيعة وجميع العقارات على ما وصفتُ.

وإن ادعى دارًا أو ضيعة ولم يحدّ ذلك فأقر المدعى عليه بذلك واتفقا على الحدود يقضي بذلك على المدعى عليه بإقراره؛ لأن إقرارهما حجة على أنفسهما.

وإن أقرا بالشراء واختلفا في الحدود فقال المدعي: هذه حدودها يتحالفان ويترادّان؛ لأن هذا اختلاف في مقدار المعقود عليه وهذا يوجب التحالف بالنص.

فأما إذا كانت الدعوى والشهادة في المنقولات؛ فلا تخلو إما أن كان المدعى به قائمًا في يد المدعى عليه أو هالكًا، فإن كان قائمًا يكلف المدعى عليه بالإحضار إلا إذا كان يلحقه مؤنة كبيرة، وذلك لم يشترط الإشارة إليه ولا يحتاج إلى بيان الجنس والسن والحلية والقيمة والصفة؛ لأنه بالإشارة يصير معلومًا.

فإن كان هالكًا لا تصح الدعوى إلا ببيان جنسه وسنه وصفته وحليته وقيمته؛ لأنه لا يصير معلومًا إلا بذكر هذه الأشياء.

شرط الخصاف بيان القيمة وبعض القضاة لا يشترطون بيان القيمة؛ لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ملكه بأن ورث من غيره شيئًا فيكون القول في القيمة للمنكر.

وجه رواية الخصاف: أن العين إذا كانت مستهلكة حقيقة أو حكمًا بأن كانت غائبة كانت الخصومة في المالية والقيمة في الحقيقة فلا بد من بيان القيمة.

وذكر في دعوى الأصل: لو ادعى مسيل ماء أو طريقًا في دار رجل، وشهد الشهود أن له طريقًا ومسيل ماء فيها، ولم يثبتوا عرضه ولا طوله ولا تقوّلوا بماء

المطر أو غيره صح، وله عرض بأن الدار التي الطريق فيها وفي المسيل ترجع إلى بيان رب الدار التي فيها، وقيل: المسألة فيما إذا شهدوا على إقرار المدعى عليه، فأما إذا شهدوا ابتداء فلا تقبل؛ لأن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة.

وجه رواية الكتاب: أن جهالة المشهود به تمنع قبول الشهادة لتعذر القضاء بالمشهود به، وهنا أمكن القضاء به لأن الطريق حالة الاشتباه مقدر بعرض الباب. ألا ترى أن الشركاء متى اختلفوا في مقدار الطريق، فإنه يقدر بعرض الباب في المقدار، وفي المسيل القول لصاحب الدار مع يمينه أنه كماء المطر أو كماء الوضوء والغسالة، ومتى أمكن القضاء بالمشهود فجهالته لا تمنع قبول الشهادة، وصار كما لو شهدوا أنه باع قفيزًا من صبرة صحت الشهادة؛ لأنه أمكن القضاء به فكذا هذا.

ولو ادعى على رجل أنه شق في أرضه نهرًا فساق الماء فيه إلى أرض لم تنتهي حدود هذه الأرض، وموضع هذا النهر من هذه الأرض أنه من الجانب الأيمن أو من الجانب الأيسر ويبين قدر طول النهر وعرضه؛ لأن المدعى به لا يصير معلومًا إلا بهذا ودعوى وضع الخشبة لا يصح ما لم يبين أن له حق وضع الخشبة أو حشيش ويبين غلظ الخشبة؛ لأن هذا يتفاوت بين غلط الخشبة وخفتها، وبين موضع الخشبة من الحائط. شفعوي المذهب إذا ادعى شفعة بالجوار على رجل هل يقضي له القاضي بالشفعة أم لا؟ قيل: لا؛ لأن المدعي يدعي أنه لا حق له فيما يدعي، فإذا علم القاضي بذلك لا يلتفت إلى دعواه وقيل يقضي؛ لأنه لما طلب الشفعة فقد ركن إلى مذهبنا فتقبل دعواه إن كان يعتقد خلاف ذلك، كما في أحد الزوجين من أهل الذمة إذا رفع إلى القاضي أن زوجته محرمة منه، فالقاضي يفرق بينهما عند أبي يوسف ومحمد؛ لأنه ركن إلى ديننا، وإن كان يعتقد خلاف ذلك، وقيل يسأله القاضي عن ذلك فيقول هل تعتقد وجوب الشفعة؟ فإن قال: نعم، يقضي، وإن قال: لا، دفعه عن مجلسه ولا يسمع كلامه وهذا أحسن التأويل.

(باب أخذ الكاتب والمترجم وإقامة الجواز على رأسه)

وينبغي للقاضي أن يتخذ كاتبًا من أهل العفاف والصلاح مسلمًا حرًا عدلًا؛ لأنه

لو اشتغل بكتابة ما جرى بين يديه يذكره لنفسه لشغله عن القضاء فيفوض إلى غيره من أهل الصلاح؛ لأن كتابة ما جرى بين يديه من باب الأمانة، وإنما يؤتمن الأمين دون الخائن ويقعد حيث يرى ما يكتب؛ لأنه أنفى للتهمة والتخليط؛ لأنه ربما يخدع بالرشوة فيزيد أو ينقص فيما يكتب فيؤدي إلى إبطال حقوق الناس ويكتب خصومه كل خصمين وشهادة شهودهما في صحيفة بيضاء وهي المحضر؛ لأنه لا يمكنه الحفظ، فإذا نسي القاضي ذلك ينظر في الكتاب فيتذكر فيحيي حقوق الناس وينبغي للكاتب إذا كتب محضرًا أن يكتب باسم المدعي واسم أبيه وجده وكنيته وصناعته وقبيلته أو ما يعرف به؛ لأنه يحتاج إلى تعريف المدعي وهذا أبلغ في التعرف، وإن كان القاضي لا يعرفه حلّاه ليكون أبلغ في التعريف لا بأس به، فإذا حلاه فإنما تحليته بما يزينه لا بما يشينه حتى إذا كان أعور لا يحليه به؛ لأن ذلك لا يذكر فيه وكذلك المدعى عليه، فإن أقر المدعى عليه أن عرفهما القاضي يكتب: أقر فلان بن فلان لفلان بن فلان، فإن لم يعرفهما كتب: أقر رجل؛ ذكر أن فلان بن فلان لرجل ذكر أنه فلان بن فلان، وإن جحد كتب جحوده في الصحيفة التي كتب فيها الدعوى وكذلك الشهود؛ لأنه يحتاج إلى معرفة الشهود للسؤال عنهم ويكتب للشهود مواضع منازلهم ومحالّهم ومصلياتهم؛ لأن القاضي متى كان لا يعرف عدالة الشهود يحتاج إلى أن يتعرف على عدالتهم، وإنما يمكنه التعرف من أهل المحلة، ويخرج أسماء الشهود وحلاهم ومنازلهم ومصلياتهم في رقعة ويشدها في رأس المحضر للمسألة عنهم إن كان القاضي لا يعرفهم، وإن كان يعرفهم لم يحتج إلى ذلك فلا يكتب، وإن كان الشهود شهدوا على صك أو سجل أو وصية أو وكالة في كتاب نسخ الكاتب ذلك الكتاب في المحضر؛ لأنه يحتاج إلى العرض على العلماء لطلب الفتوى منهم، فيجب أن يكتب حتى يمكنه أن يعرض عليهم، وإذا كتب الكاتب محضر امرأة وأراد أن يحليها، فإنه ينبغي له أن ينزل موضع الحلية حتى تصير إلى القاضي، فيكون القاضي هو الذي يحليها ويكتب حليتها في المحضر؛ لأن الكاتب وإن حلّاها لا يستغني القاضي عن النظر في وجهها فيكون نظر رجلين إليها، ولو

حلاها القاضي فيكون فيه نظر رجل واحد ونظر الواحد أستر، وما كان أستر لهن فهو أفضل.

وإن أملى القاضي على الكاتب أن يحليها جاز أيضًا؛ لأن في الحالين نظر رجل واحد، وسواء كانت المرأة مدعية أو مدعى عليها، أو كانت شاهدة فهو سواء؛ لأن معرفة الكل محتاج إليها فتكتب حلية الكل، وللقاضي أن يفوض إلى الكاتب أن يحليها إذا كان الكاتب ورعًا عدلًا؛ لأن القاضي ربما لا يتفرغ إلى ذلك، وإذا قرأ المحضر على القاضي، نظر القاضي إلى وجه المرأة وإلى حليتها فعارض به ما كتب الكاتب، ويعمل القاضي في ذلك ما هو أحوط وأستر، وإذا كتب الصحيفة وهي المحضر يطويها ويختمها بخاتمه؛ لأنه أصوب من التعييب وإلحاق زيادة به أو نقصان عنه، ثم يكتب على ظهرها خصومة فلان بن فلان في شهر كذا في يوم كذا؛ لأن العنوان يوقفه على العلم بمحضر كل خصم من غير الحاجة إلى نقض الختم وفتح الكتب كلها، وتجعل خصومه خصوم كل شهر في قمطر على حدة لئلا يسبق عليه الطلب لكثرة الكتب وتكتب شهادة الشهود بمحضر من خصمه، ثم يعرض ما كتب هل زاد أو نقص حتى لا يطعن الخصم بعد ذلك أنه زاد أو نقص، ويكلف الخصم أن يأتي بصحيفة تكتب فيها خصومته وحجته؛ لأن منفعة ذلك راجعة إليه فتكون الصحيفة عليه.

(فصل)

ويتخذ مترجمًا عن الشهود وعن خصوم لا تفقه لسانهم واثنان أفضل بعد أن يكون عدلًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد والشافعي: لا يجوز إلا رجلان أو رجل وامرأتان.

وكذلك المعدل ورسول القاضي إلى المعدل الواحد يكفي عندهما، وعند محمد والشافعي لا يجوز إلا اثنان.

لمحمد: أن هذه شهادة معنى؛ لأن العلم للقاضي إنما يقع بقول العدل أو المترجم ولزيادة العدد أثر في إفادة زيادة العلم؛ لأن بزيادة العدد يدخل الخبر في حد العيان، ولهذا يصير الخبر متواترًا بكثرة الرواة فيشترط فيه العدد كما في الشهادة المحضة.

لهما: أن المترجم والرسول معبر لا شاهد مظهر؛ لأنه نقل عبارة عبرة، ولهذا لم يشترط لقوله لفظة الشهادة فلا يشترط فيه العدد لإفادة العلم كخبر الواحد في باب الديّات والمعاملات حجة وهذا؛ لأن اشتراط زيادة العدد في الشهادة المحضة عرفناه نصًّا لا قياسًا؛ لأن بزيادة رجل آخر لا تزداد للسامع زيادة علم وإحاطة؛ لأن الخبر بهذا القدر لا يدخل في حد العيان، بل يبقى في خبر الآحاد كما في أخبار الرسول، ولا تقبل ترجمة كافر ولا مملوك؛ لأن بخبر الكافر والمملوك لا يقع العلم والطمأنينة كما في باب الديّات، والقاضي يقوم على رأسه الجلواز والجلوازة هي المنع، وهو صاحب المجلس لمنع الناس من إساءة الأدب والتقدم إلى القاضي بالسعت وبيده سوط؛ لأنه يحتاج إلى تأديب السفهاء، وإنما يمكنه التأديب بالسوط ويختار رجلًا يقوم بين يديه ويدعو بالرقاع ولا ينبغي لمن يقوم بين يدي القاضي أن يسار أحدًا من الخصوم في مجلس الحكم؛ لأنه نائب القاضي.

(باب القاضي يقضي بعلمه)

القاضي إذا علم بالمعاينة أو سماع الإقرار أو مشاهدة الأقوال، فإنه لا يقضي بعلمه في الحقوق الخالصة لله تعالى كحد الربا والسرقة وشرب الخمر بالإجماع؛ لأن في حقوق الله تعالى كل واحد من آحاد المسلمين يساوي القاضي ثم غير القاضي إذا علم لا يمكنه إقامة الحد فكذا القاضي إلا في السكر، فإنه إذا وجد سكرانًا أو وجد رجلًا به أمارات السكر، فإنه ينبغي له أن يعزره لأجل التهمة ولا يكون ذلك حدًّا.

فأما في حقوق العباد نحو المال والطلاق والعتاق والقصاص والحقوق المركبة نحو حد القذف فعلى أربعة أوجه: في وجه يقضي بعلمه بالإجماع، وهو ما إذا علم بعد تقلد القضاء في المصر الذي هو قاضٍ فيه، وفي ثلاثة أوجه وهي ما إذا علم قبل تقلد القضاء أو بعده لكن في غير المصر الذي هو قاضٍ فيه أو علم في حالة القضاء ثم عزل ثم أعيد إلى القضاء فعند أبي حنيفة: لا يقضي بذلك العلم.

وعندهما والشافعي: يقضي لهما أن العلم النائب للقاضي بالمعاينة فوق علمه بالبينة العادلة؛ لأن احتمال الكذب وريب الإفك ممكن في البينة غير ممكن في المعاينة، ثم له أن يقضي بالبينة العادلة، فكذا له أن يقضي بعلمه المستفاد بالمعاينة.

له: أن العلم الحاصل له قبل التقلد علم شهادة وبينة لا علم قضاء وحكومة؛ لأن ذلك العلم غير مطلق له القضاء، حتى لو شهد عند قاضٍ آخر لا يقضي به فلا ينقلب علم قضاء بتقلده القضاء، وشهادة الفرد لا تصلح حجة على الغير في حقوق العباد، وصار كما لو حصل له العلم بالبينة قبل تقلد القضاء لا يقضي بذلك العلم فكذا إذا علم بالمعاينة، فأما العلم الحاصل له بعد التقلد على القضاء؛ لأنه مطلق له القضاء، فإذا علم ثم عزل ثم تقلد القضاء فلأن علم القاضي قد بطل بالعزل فصار كأنه علم قبل تقلد القضاء.

(**النوادر**): ولو خرج القاضي من المصر ليتبع جنازة أو خرج إلى ضيعة فعلم بسبب الحق اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة قيل: إن لم يكن مقلدًا على القرى لا يقضي بذلك العلم، وإن كان مقلدًا على القرى يقضي، وهذا يدل على أن الوالي إذا قلد رجلًا قضاء كورة كذا لا يصير قاضيًا في سواد الكورة ما لم يقلده قضاء تلك الكورة ونواحيها وقيل لا يقضي بذلك العلم، وإن كان مقلدًا على القرى فهذا القائل جعل المصر شرطًا لنفاذ القضاء، وأشار محمد في باب كتاب القاضي أن المصر شرط لنفوذ القضاء، فإنه قال ولا يقبل كتاب قاضي رستاق أو قرية؛ لأنه ليس بقاضٍ، وإنما يفصل على سبيل الصلح فهذا دليل على أن القضاء في القرى لا ينفذ وهكذا ذكر الخصاف؛ لأن القضاء من أعلام الدين كالجمعة والعيدين فيكون المصر شرطًا لنفوذه؛ لأن القاضي في القرى ربما لا يتمكن من القضاء فكان بمنزلة سائر الرعايا.

وروى أبو يوسف في (**الأمالي**): أن المصر ليس بشرط لنفوذ القضاء؛ لأنه يمكنه تنفيذه بالاستعانة وإلا سيقول من القاضي أو الوالي.

ولو دفع القاضي مال اليتيم إلى آخر فجحده قضى عليه من غير بينة؛ لأنه من حقوق العباد وللقاضي أن يقضي بعلمه في حقوق العباد إذا علمه حالة القضاء، ولو باع القاضي مال الميت فعُهْدتُه على الذي باع له لما مر في البيوع، ولو جحد من

اشترى منه أو باع قضى عليه؛ لأن العهدة لما لم ترجع عليه صار كالمعير لسانه ممن باع له.

(باب القاضي يجد في ديوانه شيئًا لا يحفظه)

فيه فصول:

الأول: لو تقدم رجل إلى القاضي ومعه رجل فقال للقاضي: إنك قضيت على هذا الرجل بكذا من المال أو بصنعة كذا أو بحق من الحقوق، والقاضي لم يذكر ذلك فأقام عنده شهودًا عدولًا يشهدون أن القاضي أشهدهم أنه قضى لهذا المدعي على هذا الرجل بالحق الذي ادعاه، لا يقضي به عند أبي يوسف، رواه الحسن وبشر بن الوليد عنه.

وقال محمد: يقضي به وينفذ؛ لأن الشهود لو شهدوا على قضيته عند قاضٍ آخر فالقاضي الآخر ينفذ القضية ويحكم بهذه الشهادة، فكذا إذا شهدوا على قضيته عنده؛ لأن البينة في الموضعين قامت على السبب الموجب للحق وهو القضاء.

لأبي يوسف: أن الشهادة غير القضاء والرجل إذا تحمل شهادة ثم نسي فشهد عنده شاهدان أنك تحملت هذه الشهادة وكنا حضورًا هناك لا يسعه أن يشهد بقولهما فأولى أن لا يجوز أن يقضي بقولهما إذا لم يذكر ذلك.

(فصل)

القاضي إذا وجد إقرار رجل أو شهادة شهود في ديوانه وهو مختوم بختمه مكتوب بخطه أو بخط كاتبه، ولكنه لا يذكر تلك الشهادة لا يقضي بتلك الشهادة عند أبي حنيفة، وعندهما يقضي.

وكذلك إذا وجد سجلًا في ديوانه مكتوب بخطه فيه إني قضيت بهذه القضية وأنفذت القضاء بذلك لكن لم يذكره لا يمضي ذلك عند أبي حنيفة حتى يذكر، وعندهما يمضي.

وكذلك في رواية الإخبار عن النبي عليه السلام إذا وجد سماعه مكتوبًا في موضع لكن لا يذكره، لا يحل له أن يروي عنده، وعندهما يحل؛ لأن عنده الشرط لحل الرواية إن يحفظ الحديث عن ظهر قلبه من حين سمع إلى أن يروى وعندهما هذا ليس بشرط لهما: أن القاضي لا يمكنه حفظ جميع الخصومات والقضايا والشهادات، فلو شرط عليه حفظ الكل للقضاء أدى إلى إبطال حقوق الناس؛ لأنه ربما لا يجد المدعي شهودًا أخر على حقه إذا مات شهوده.

وكذلك لو شرطنا حفظ المتون والأسانيد لكل رواية وذلك غير ممكن أدى إلى سد باب رواية الأخبار.

له: أن الخط والخاتم يشبه الخط والخاتم فيحتمل أن يكون مزوّرًا فلا يحل له القضاء وإطلاق القضاء مجرد الخط والخاتم، وأنه يحتمل أن يكون مزوّرًا يؤدي إلى إبطال الحقوق، كما في اشتراط الحفظ إبطال حق المدعي بل يلحق المدعي من إبطال الحق عليه التحرز عنه بأن يشهد على قضيته شهودًا كثيرًا حتى إذا نسي القاضي أثبت قضاءه بالشهادة، أو يشهد على شهادة الشهود شهودًا حتى إذا مات الأصول أمكنه الإثبات بالفروع، وكان ما قاله أبو حنيفة أحوط.

والرابع: إذا وجد خطه مكتوبًا في صك في يدي رجل لكنه لا يذكر الشهادة اختلف المشايخ فيه، قيل: إنه على هذا الخلاف، وقيل: لا يجوز بالاتفاق، فعلى هذا القول هما يحتاجان إلى الفرق بين هذه والأولى، والفرق أن ما يكون في خريطة القاضي وتحت ختمه يؤمن فيه الزيادة والنقصان، فالظاهر أنه غير مزود والعمل بالظاهر جائز حالة الضرورة، فأما الصك يكون في يد الخصم فلا يؤمن عليه الزيادة والنقصان حتى لو كان الصك في يد الشاهد حل له أداء الشهادة لمجرد الخط كما في القاضي.

وذكر الخصاف: قال محمد: لو ضاع محضر رجل من ديوان القاضي وفيه شهادة شهود له بحق من الحقوق والقاضي لا يذكر ذلك، فشهد كاتباه على قضائه بشهادة شهود شهدوا عنده، فإنه لا يقبل. فرق بين هذه وبين ما إذا ضاع من ديوان القاضي فشهد كاتباه عند القاضي أن هذا أقر عندك لهذا بكذا وقد سمعناه قِبلهُ القاضي وقضى بشهادتهما. والفرق في الأول الكاتبان لم يعلما السبب الموجب

للحق؛ لأن الشهادة ليست بسبب موجب للحق، وإنما يصير سببًا إذا نقل إلى مجلس القضاء، والنقل إنما يكون بالأمر والشاهد إن لم يشهدا الكاتبين على شهادتهما ولم يأمراهما بالنقل، وفي الفصلين الآخرين الكاتبان عاينا السبب الموجب للحق؛ لأن قضاء القاضي والإقرار موجب والكاتبان شهدا عند القاضي على السبب الموجب للحق فيقبل وصار كرجلين سمعا إقرار رجل لرجل بحق ولم يشهد المقر لهما على إقراره جاز لهما أن يشهدا على إقراره وبمثل لو عاين رجلان رجلين آخرين يشهدان رجلين على شهادتهما ولم يشهداهما لا يحل أن يشهدا على شهادة رجلين لما قلنا. وما وجد القاضي في ديوان قاضٍ كان قبله من إقرار وبينة فإنه لا يعمل بشيء من ذلك ولا ينفذه حتى يستعدلوا الخصوم عنده؛ لأن العلم شرط القضاء، وما كان عند القاضي الأول فليس بمعلوم له، وهذه حجة لأبي حنيفة على صاحبيه فيما إذا وجد القاضي سجلًا في ديوانه ولا يذكر ذلك، فإنه لا يمضي ذلك؛ لأنه إذا لم يذكر ولم يعلم صار بمنزلة ما لو كان ذلك السجل في ديوان القاضي الأول؛ لأنه لا يعلمه في الموضعين جميعًا.

ولو أن قاضيًا عُزل عن القضاء ثم رُد بعد ذلك على القضاء، فإنه لا يقضي بشيء مما كان في ديوانه الأول من القضاء لإنسان على إنسان إذا لم يذكره بالإجماع، وإن ذكره فكذلك عند أبي حنيفة خلافًا لهما وقد مرت.

وإن قامت البينة بحق لإنسان على إنسان فقبل أن يقضي بها عزل ثم أعيد على القضاء فرفعت إليه تلك الخصومة، فإن المدعي يكلف إعادة البينة ذكر أو لم يذكر فرقًا بين الإقرار والبينة، والفرق أن البينة لا توجب الحق بنفسها، وإنما توجب بإيصال القضاء بها ولم يوجد، فصار تقليد هذا القاضي بعد ذلك وتقليد قاضٍ آخر سواء ولو قلد قاضٍ آخر لا يسعه أن يقضي بتلك البينة حتى يستبدلوا الخصومة ويعيدوا البينة.

(باب قبض المحاضر من ديوان القاضي المعزول)

وللسلطان أن يعزل القاضي بريبة أو بغير ريبة، فإنه رُوي عن أبي حنيفة

رحمه الله أنه قال: لا يترك القاضي على القضاء إلا حولًا؛ لأنه متى اشتغل بذلك نسي العلم فيعزله ويستبدله حتى يشتغل هو بالدرس، فإذا مضى عليه حول يقول السلطان له: لا فساد فيك، ولكني أخشى عليك أن تنسى العلم فعُد وادرس العلم، ثم عد إلينا ثانيًا حتى نقلدك ثانيًا، ومتى عزله فالقاضي المقلد يبعث رجلين من ثقاته والواحد يكفي والاثنان أحوط فيقبضان من المعزول ديوانه والخريطة التي فيها السجلات والصكوك والمحاضر ونصب الأوصياء والقيم في أموال الوقف وتقدير النفقات، وهذا لأن القاضي يكتب نسختين إحداهما تكون في يد الخصم والأخرى تكون في ديوان القاضي؛ لأنه ربما يحتاج إليهما لمعنى من المعاني، وما في يد الخصم لا يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فلا يمكن الاعتماد عليه. ثم إذا قبضا ديوان القاضي المعزول فنسخ السجلات يُجمعان في خريطة والصكوك يجمعان في خريطة والمحاضر في خريطة، وكذلك نصب الأوصياء ونسخة قيم الأوقاف فيجمعان كل نوع في خريطة؛ لأن القاضي المقلد يشتبه عليه فلو لم يجمعا كل نوع في خريطة واحتاج القاضي إلى نوع من الجملة يحتاج إلى تقييس جميع ذلك فتعسر عليه الوصول ويسألان القاضي المعزول شيئًا فشيئًا ليكشف لهما ما أشكل عليهما، ومتى قبضا ذلك يختمان عليه احترازًا عن الزيادة والنقصان والبياض الذي كتب عليه القاضي المعزول هذه النسخ إن كان في بيت المال دفع إليهما، وإن أبى أن يدفع يجبر عليه؛ لأن ذلك إنما كان في يده لعمله، وقد صار العمل لغيره فلا يترك البياض في يده، وإن كان من ماله أو من مال الخصوم قيل لا يجبر عليه؛ لأنه ملكه أو وديعة عنده للخصوم وقيل يجبر وهو الصحيح؛ لأنه ما اتخذ للتمويل بل للتدبر، وكذلك الخصوم ما تركوا ذلك لعينه بل لعمله وقد تحول العمل إلى غيره ويأخذان ذلك بحضرة القاضي المعزول، فإن لم يحضر لا يجبر عليه؛ لأن المقلد لا يجب عليه أن يحضر بنفسه، فكذا المعزول لا يجب عليه أن يحضر بنفسه لكنه يبعث اثنين ليسلّما الديوان إلى أميني المقلد وسألا أميني المقلد من أميني المعزول شيئًا فشيئًا لينكشف عليهما ما أشكل عليهما ويأخذان الودائع وأموال اليتامى؛ لأن ذلك كله كان في يده بحكم عمله، ويكتبان أسماء المحبوسين؛ لأن القاضي إذا

حبس رجلًا بحق وجب عليه أن يكتب اسمه واسم أبيه وجده، والسبب الذي حبس به الرجل، وتاريخ الحبس؛ لأنه ربما يحتاج إلى سماع البينة على الإفلاس بعد الحبس فلا بد أن يكون ذلك معلومًا للقاضي. ثم القاضي المقلد يأخذ هذه النسخة من القاضي المعزول أيضًا ويكتب ذلك في تذكرته، ويجعله في قمطرة وختمه بخاتمه، ويكتب التاريخ في تذكرته من التاريخ الذي أثبته القاضي المعزول لا من وقت عمله؛ لأن هذا بناء على ذلك الحبس، ويسألان القاضي المعزول عن المحبوسين وعن أسباب الحبس، ثم يسأل المحبوسين عن أسباب حبسهم، ويجمع بينهم وبين الخصوم، فإن اتفق القاضي والمحبوس ومن حبس لأجله أعاده في الحبس.

وإن اختلفوا فصل الخصومة بينهما بالحجة ولا يلتفت إلى قول القاضي المعزول، فإن جمع بين الخصم والمحبوس، فإن أقر المحبوس وطلب من له الحق حبسه أعاده إلى حبسه؛ لأن القاضي المعزول إنما كان حبسه بعد ظهور بغيه وظلمه فجاز المقلد أن يقره في الحبس، وإن أنكر وقال: إنه يدعي على سببًا بغير حق وحبسني بظلم لا يلتفت إلى قوله لكن يكلف المدعي إقامة البينة، فإن أقام البينة وكان القاضي يعرف الشهود بالعدالة أقره في الحبس، وإن لم يعرف الشهود بالعدالة فقول القاضي المعزول فيه لا يكون حجة لكن يسأل عن حال الشهود ويأخذ منه كفيلًا بنفسه ويطلعه؛ لأنه لما لم يظهر عدالة الشهود لم يثبت عليه الحق بنفس الشهادة فلا يمكنه الحبس ولا يطلعه بدون الكفيل؛ لأن الاحتياط فيه إلى أن تظهر عدالة الشهود، فإن ظهرت العدالة أعاده الحبس وإلا فلا.

فإن كان في المحبوسين قوم لم يظهر لهم خصمًا فالقاضي يلبي عذره ويأمر مناديًا ينادي كل يوم إذا جلس إن القاضي يقول: من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الفلاني بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه، وإن لم يحضر يأتي في ذلك أيامًا على حسب ما يرى القاضي ولم يعجّل بإطلاقهم، فإن لم يحضر لرجل منهم خصم أخذ منهم كفيلًا بأنفسهم وأطلقهم بعد التأني قبل ما ذكر في هاتين المسألتين قولهما.

فأما على قول أبي حنيفة لا يأخذ كفيلا بناء على مسألتين أحدهما: أن القاضي إذا قسم التركة بين الورثة هل يحتاط بأخذ الكفيل من الورثة والثانية: إذا قضى القاضي بالدين من التركة هل يحتاط بأخذ الكفيل من الغرماء عند أبي حنيفة لا، وعندهما يحتاط فكذا هذا.

والصحيح: أن هذا قولهم جميعًا، والفرق لأبي حنيفة أن في مسألة القسمة وقضاء الدين الحق ظاهر لهذا الوارث ولهذا الغريم، وفي ثبوت الحق لآخر شك فلا يجوز تأخير هذا الحق إلى وقت الكفالة بأمرٍ موهوم، وفي مسألة الكتاب الحق ثابت بحق؛ لأنه حمل فعل القاضي المعزول على الصلاح والسداد لكنه مجهول فلا يكون أخذ الكفالة بحق موهوم.

ثم الحبس لا يخلو إما أن كان بسبب الدين أو بسبب العقوبات الخالصة للعباد وهو القصاص في النفس أو في الطّرف أو بسبب العقوبات الخالصة لله تعالى وهو الزنا والسرقة وشرب الخمر أو بسبب حقوق مترددة بين حق الله تعالى وحق العبد وهو حد القذف، فإن كان بسبب الدين بأن قال المحبوس أقررت بألف لفلان بن فلان الفلاني عند القاضي فحبسني له فالقاضي يأمر بإحضار خصمه فإذا حضر وعرفه القاضي أنه فلان بن فلان الفلاني، أو شهد شهود على نسبه فقال المحبوس هذا ماله أحضرته فقل له ليقبضه ويخرجني من السجن فالقاضي يأمره بأداء المال إليه وإن لم يعرف القاضي خصمًا له أطلقه.

وكذلك إذا قال المدعي: أمهلته مدة معلومة أطلقه.

وإن لم يعرف القاضي أمر المدعي أنه فلان بن فلان الفلاني فالقاضي يأمره بأداء المال إليه ويتأنى في إطلاقه، ثم يأخذ منه كفيلًا بنفسه في الوجهين ويطلقه لجواز أنهما احتالا بحيلة والخصم غيره، فيحتاط القاضي بأخذ الكفيل بنفسه ثم يطلقه.

وإن كان الحبس بسبب القصاص، بأن قال المحبوس: إنما حبست لأني أقررت بالقصاص لفلان يجمع القاضي بينه وبين خصمه وادّعاه خصمه ففي القصاص في النفس يمكنه القاضي من استيفاء حقه بإقراره؛ لأنه لا يمكن فيه تهمة المواضعة، وفي القصاص في الطرف يمكنه من الاستيفاء بإقراره لكن لا يعجل بإطلاقه لأنه

يمكن فيه تهمة المواضعة، فإنه يجوز أن يكون لإنسان آخر حق في نفسه أو في ماله وهو يبذل الطرف ليتخلص فيفوت حق ذلك الإنسان في نفسه ويفلت ويهرب فيتأنى في ذلك وينادي عليه ثم يأخذ منه كفيلًا بنفسه ويطلقه.

وإن كان الحبس بسبب الحدود الخالصة لله تعالى بأن قال: إني أقررت بالزنا عند القاضي المعزول أربع مرات فحبسني ليقيم عليَّ الحد فالقاضي لا يقيم عليه الحد؛ لأن الأقارير في مجلس القاضي المعزول لا تكون حجة في حق القاضي المُولّا لكن هو يستقبل الأمر، فإن أقر بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس يقيم عليه الحد وإلا فلا، ثم يتأنى في ذلك وينادي عليه، فإن حضر له خصم جمع بينهما وإلا أخذ منه كفيلًا بنفسه وأطلقه، وإن رجع عن الإقرار صح رجوعه كما لو رجع عنه عند القاضي الأول، فلا يقيم عليه الحد لكن لا يطلقه لتوهم الحيلة، ولكن ينادي ويتأنى ويأخذ منه كفيلًا بنفسه ويطلقه، وإن قال المحبوس قامت عليَّ بينة بالزنا فحبسني القاضي ليقيم علي الحد فالقاضي لا يقيم عليه الحد بتلك البينة؛ لأن الشهادة القائمة عند القاضي المعزول لا تعتبر عند المُولّا؛ لأنه قد تقادم العهد، والشهادة على الزنا عند التقادم لا تكون حجة وإن قال: حبست لأني أقررت بالسرقة من فلان عند القاضي المعزول قطع يده سواء تقادم العهد أو لم يتقادم؛ لأن الإقرار حجة في السرقة، ثم لا يعجل بإطلاقه لتوهم الحيلة وإن قال: قامت البينة عليّ بالسرقة عند القاضي المعزول، فالقاضي لا يقطع بتلك البينة لما بينا، فإن قال إنما حبست لأني قذفت هذا الرجل بالزنا وصدّقه ذلك الرجل يحدّه ولا يصح الرجوع عنه، وأما الودائع التي أودعها القاضي المعزول عند رجل مثال عند فلان بن فلان كذا من المال وهو لفلان بن فلان، فالقاضي المولا يسأل المودع عن هذا المال، فإن قال دفعه إليَّ القاضي المعزول وهو لفلان، أو قال دفعه إليّ ولا أدري لمن هو، فالقاضي المولّا يقبل قول القاضي المعزول ويكون المال للمقر له؛ لأن المال إنما وصل إلى صاحب اليد من جهة القاضي المعزول فكان المال في يد القاضي المعزول معنى وهو بالعزل التحق بسائر الرعايا، ومن في يده المال إذا أقر بذلك المال لإنسان يقبل إقراره فكذا هذا، وهذا كمن في يده مال أقر أن هذا المال دفعه إلى فلان بن فلان يقول هو ملك لفلان يؤمر صاحب اليد بالدفع إلى فلان

المقر له؛ لأن صاحب اليد أقر بأن اليد للدافع معنى، والدافع يقر بالملك لإنسان آخر يصح إقراره ويؤمر بالتسليم إليه فكذا هذا، وإن أنكر صاحب اليد ما قاله القاضي المعزول كله فالقول قوله، وإن قال دفعه إليّ القاضي المعزول وهو لفلان آخر ينظر إن بدأ صاحب اليد بالدفع فقال دفعه إليّ القاضي المعزول وهو لفلان آخر، فالقول قول القاضي المعزول ويؤمر بالدفع إلى من أقر له القاضي المعزول؛ لأنه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد له فصار كأن المال في يد القاضي، ثم أقر أنه لفلان لا يصح إقراره، وإن بدأ بالإقرار بأن قال هذا المال لفلان آخر، ثم قال دفعه إليّ القاضي المعزول يؤمر بالتسليم إلى المقر له، ويضمن مثله إن كان من ذوات الأمثال لمن أقر له القاضي المعزول؛ لأن إقراره الأول صح؛ لأن المال في يده فيجب عليه التسليم إلى المقر له، وإذا قال بعد ذلك دفعه إليّ القاضي والقاضي يقول هذا لفلان آخر، فقد أقر أن اليد كانت للقاضي، والقاضي يقر بملك لرجل آخر فيصير هو بالإقرار لآخر مستهلكًا ذلك المال على الذي أقر له القاضي فيضمن، وإن قال القاضي على يد فلان عشرة إلا ودرهم أصابه فلان اليتيم من تركة والده فلان وصدقه صاحب اليد فالقاضي المقلد يقبل قول القاضي المعزول في ذلك؛ لأن المال في يده معنى ينظر إن لم يدّع أحد من الورثة هذا المال فهو لليتيم المقر له، وإن ادعى الورثة أنهم لم يستوفوا حقهم فالقول قولهم ويكون مشتركًا بينهم وبين اليتيم لأن اليد للقاضي المعزول معنى وهو أقر أن هذا المال كان ملكًا لأبيهم فصح إقراره بأن المال كان ملكًا لأبيهم باعتبار يده ولم يصح إقراره على سائر الورثة بالاستيفاء، فإذا لم يثبت الاستيفاء كان المال تركة الميت فيكون مقسومًا بين ورثته، لكن القاضي يحتاط لأمر الصبي فيستحلفهم أنهم لم يستوفوا حقوقهم؛ لأن الصبي عجز عن النظر لنفسه فالقاضي ينظر له، ألا ترى أن القاضي إذا قضى دين ميت، فإنه يحلف غريمه بالله ما استوفى دينه ولا أبرأه؛ لأن الميت عجز عن النظر لنفسه فينظر له القاضي، وكذلك لو كان عقارًا أو عرضًا، فإن كان مالًا بصك على رجل وكان القاضي أشهد في الصك أنه لفلان اليتيم أصابه من تركة والده فلان، وأن سائر الورثة قد استوفوا حصتهم كان هذا المال لليتيم دون الورثة؛ لأن إشهاده

أنهم قد استوفوا حقوقهم من تركة والدهم من المال حكم عليهم بذلك وما كان من حكم أخبر به القاضي المعزول وله بذلك شهود يقبل منه قوله إذا شهد الشهود على حكمه، فكذا هنا إذا شهد الشهود على ما في الصك وهو الشهادة يقبل قوله، فأما لمجرد الصك لا يقبل قوله، ولو قال القاضي المعزول ضيعة كذا وقف على كذا ولم يقل وقفها فلان الميت وهي في يد فلان وصدقه صاحب اليد أنفذه القاضي، ولم يسأل القاضي المعزول عن التفسير من وقفها؟ لأنه إن سأل ربما يفسر ويقول فلان الميت وقفها فيجحد الورثة فيتعذر على القاضي تنفيذ الحكم، فالقاضي لا يشتغل بما لا يفيد، وإن ادعى الوصي في مال اليتيم والقيم في مال الوقف أن القاضي المعزول أجرها له مشاهرة كذا وكذا في كل شهر ومسانهة كذا وكذا في كل سنة فالقاضي المولى لا ينفذها، وكذلك إن زعم القاضي المعزول أنه فعل كذا لا يقبل قوله؛ لأن قوله في الحال ليس بحجة إلا إذا قامت البينة على فعل القاضي المعزول ينفذه القاضي المولى؛ لأنه يثبت قول القاضي المعزول في حال قضائه وقوله في حال قضائه حجة، ثم ينظر القاضي المولى في ذلك، فإن كان أجر مثل عمله أو دونه ينفذ ذلك، وإن كان أكبر ينفذ مقدار أجر المثل ويبطل الزيادة ويجب عليه أن يرده على اليتيم إن كان استوفى الأجر؛ لأنه لا يحل للأول أن يعطي أكبر من أجر المثل فيجب على الثاني أن يرد الزيادة على اليتيم؛ لأنه مأمور بالنظر له، وإن قال الوصي أو القيم إني جمعت الغلات وبعتها وأنفقتها في ضيعة كذا بأمر القاضي المعزول، وبقي في يدي هذا القدر فالقاضي المولى يقبل قوله في حق ما في يده؛ لأنه أمين فيه، ولا يقبل قوله في بيع الغلات وإنفاقها بأمر القاضي المعزول ويضمنه ذلك لليتيم والوقف؛ لأنه يدعي لنفسه سبب الولاية، وبمجرد الدعوى لا يثبت سبب الولاية إلا إذا أقام البينة على إطلاق القاضي المعزول في حال قضائه فحينئذ ينفذه، وذكر الفقيه أبو جعفر إن كان الرجل معروفا بالصلاح لا يضمنه القاضي استحسانًا؛ لأنه فعل ما يفعله القاضي أن لو رفع إليه نظيره الميت إذا كفنه إنسان من تركته بدون إذن القاضي، وكذا إذا أخذ واحد من صلحاء المحلة غلات أوقاف المسجد فأنفق عليه قدر ما لا بد له منه، فإنه لا يضمن استحسانًا وهذا كله

من الثمار والغلات التي تحصل بدون عقده، فأما ما تحصل بعقده كغلة الحوانيت والدور لا يجب عليه الضمان؛ لأنه لما لم يثبت إذن القاضي المعزول كان غاصبًا والغاصب إذا أجر المغصوب واستوفى الأجرة كانت الأجرة مملوكة له فلا يتصور وجوب الضمان عليه سواء كان معروفًا بالصلاح أو لم يكن والقاضي لا يكلف الوصي والقيم على التفسير شيئًا فشيئًا ويكون القول قوله مع يمينه؛ لأن في الإخبار عن التفسير إضرار به، فإنه إذا أقر بشيء لا يقبل قوله بعد ذلك في الصرف، وليس للقاضي ولاية الإضرار فلا يكون له ولاية الإخبار ولا ولاية التضمين والتغريم؛ لأنه وإن كان متهمًا بالخيانة لكن مجرد التهمة لا يكون سببًا للتضمين، فإذا تعذر الجبر وتعذر التضمين يحلفه ويكف عنه.

(باب القاضي يقضي ثم يَرى بعد ذلك خلافه، أو يقضي زمانًا ثم يُرى أنه ممن لا يجوز قضاؤه)

ذكر الشعبي قال: "كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء ثم ينزل القرآن بعد الذي قضى بخلافه فلا يرد قضاءه ويستأنف"، وهذا يدل على أن القاضي إذا قضى بالاجتهاد في حادثة لا نص فيها ثم تحول عن رأيه، فإنه يقضي في المستقبل بما هو أحسن عنده ولا ينقض ما قضى من قضائه؛ لأن حدوث الاجتهاد والرأي دون نزول القرآن، والنبي عليه السلام لم ينقض القضاء الذي قضى بالرأي بالقرآن الذي نزل بعده، فهذا أولى بخلاف ما إذا قضى باجتهاده في حادثة ثم تبين نص بخلافه، فإنه ينقض ذلك القضاء ورسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باجتهاده ونزل القرآن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاءه الأول، والفرق أن القاضي حال ما قضى باجتهاده فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجودًا منزلا إلا إن خفي عليه، وكان الاجتهاد في محل النص فلم يصح، والنبي عليه السلام حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لا نص فيه فصح وصار ذلك شريعة له، فإذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخًا لتلك الشريعة.

وإذا قضى القاضي في حادثة اختلف الفقهاء فيها وله مذهب فيها لكن نسي مذهبه وقضى بمذهب بعض الفقهاء قال أبو حنيفة: ينفذ القضاء، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا ينفذ القضاء.

وصورته: رجل قال لامرأته: أنت خلية أو بريئة أو بائنة، والقاضي ممن يرى أنه لا يقع ثلاثًا إلا بالنية فجعلها ثلاثًا وأبانها منه، ثم تبين له مذهبه، فعنده يمضي ذلك خلافًا لهما بناء على أن القاضي إذا كان عالمًا بمذهب نفسه وقضى بمذهب بعض الفقهاء جاز عنده خلافًا لهما، وقد مرت.

ولو أن قاضيًا قضى بين الناس زمانًا، ثم عُلِمَ أنه عبد أو ذمي أو محدود في قذف أو أعمي يُرد قضاؤه؛ لأن هؤلاء ليسوا بأهل للقضاء.

ولو عُلِمَ أنه فاسق ومرتشٍ ذكر الخصاف أنه يُرد قضاؤه وهو اختيار الطحاوي.

وقال عامة مشايخنا: لا يرد قضاؤه بناء على أن القاضي إذا فسق أو ارتشى لا يعزل وينفذ قضاؤه خلافًا لهما كما بينا.

وقال الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد: إني أحفظ رواته عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن القاضي إذا فسق يعزل، والفقيه إذا كان فاسقًا هل يجوز أن يستفتى منه. اختلف المشايخ فيه قيل: لا بأس به؛ لأنه يكره أن يخطِّئه الفقهاء فيفتي كما هو الصواب احترازًا عن تخطئة الفقهاء له.

ورُوي عن أبي حنيفة أنه كان يرى الحجر على ثلاثة: فساق الفقهاء، ومجاهيل الأطباء، ومفاليس المكاري.

امرأة استقضيت فقضت بقضايا جاز حكمها في كل شيء إلا في الحدود والقصاص؛ لأنها ليست من أهل الشهادة [في الحدود والقصاص](١) فلا تكون أهلًا للقضاء فيهما.

(باب أخذ الرشوة والهدية في القضاء(٢))

أصله: قوله عليه السلام: "الراشي والمرتشي في النار"(٣).

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فيهما.

(٢) انظر: المغني ٧٨/٩، كشاف القناع ٣١٦/٦، الزواجر ١٨٨/٢، الكبائر للذهبي ١٤٢، نهاية المحتاج ٢٤٣/٨، نيل الأوطار ٢٧٧/٨، ابن عابدين ٣٠٣/٤، مواهب الجليل ١٢٠/٦، المحلى ١٣١/٩، ١٥٧.

(٣) أخرجه الطبراني في الصغير (٥٧/١، رقم ٥٨) قال الهيثمي (١٩٩/٤): رجاله ثقات. وأخرجه أيضًا: الطبراني في الأوسط (٢٩٥/٢، رقم ٢٠٢٦).

الرشوة على أربعة أوجه: في وجه حلال، وفي ثلاثة أوجه حرام.

أما **الأول**: وهو أن يرشوه لدفع خوفه عن نفسه أو طمع ظالم في ماله فرشاه ببعض ماله حل الإعطاء، ولا يحل للآخذ الأخذ؛ لأن الكف عن الظلم واجب فلا يجوز أخذ المال بمقابلته إلا أن المعطي جعل المال وقاية لنفسه وحفظ سائر أمواله وهذا جائز موافق للشرع؛ لأن صيانة النفس والمال عن التلف واجب.

ولو سعى إنسان بينهما ودفع إليه بعض ماله ليوصله إلى الطالب لا بأس أن يفعل ذلك للآخذ.

ذكر عن مجاهد قال: اجعل مالك جنة دون دينك، ولا تجعل دينك جنة دون مالك، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطي المال من كان يخاف من لسانه، وكان يعطي الشعراء، فهذا يدل على أن الإنسان إذا بذل مالًا لرجل يخاف من ظلمه أو من لسانه أو لشاعر فلا بأس به.

والثاني: وهو أن يرشوه ليسوي أمره بين السلطان لا يحل للآخذ الأخذ؛ لأن القيام بمعونة المسلمين واجب بدون ذلك وهو يأخذ المال لإقامة ما هو واجب عليه إقامته بدون ذلك، والحيلة في حل أخذ الرشوة أن يقول: استأجرني يومًا إلى الليل لعملك ببذل معلوم فيستأجره فيكون صحيحًا. ثم المستأجر إن شاء استعمل في هذا العمل، وإن شاء استعمله في عمل آخر، وهل يحل للمعطي الإعطاء بدون هذه الحيلة؟ قيل لا يحل لحديث ابن مسعود أن علقمة ومسروق سألاه عن السحت قال: الرشوة قالا في الحكم قال: ذلك كفر أراد بها إذا استحل ذلك يكفر وقيل: يحل وهو الأصح كما في الوجه الأول هذا إذا أعطاه قبل أن يستوي أمره، أما إذا أعطاه بعدما سوى أمره ونجاه عن ظلمه يحل للمعطي الإعطاء؛ لأنه أنعم عليه بالنجاة عن الظلم وقد قال عليه السلام: "**من أزلت[1] إليه نعمة فليشكرها من غير فضل**".

---

(١) قال أبو عبيدة: من أزالت إليه نعمة، معناه: من أسديت إليه واصطنعت عنده، يقال منه: قد أزللت إلى فلان نعمة، فأنا أزالها إزلالا.

والمعنى في الحديث: أي من أوصلت إليه نعمة من أحد بلا قصد من فاعلها فليشكرها.

ويحل للآخذ الأخذ وهو الأصح؛ لأن هذا بر وصلة، وقاسوا هذه المسألة بما ذكر محمد في كتاب الصلاة: أن الإمام أو المؤذن إذا جمع له القوم شيئًا فأعطوه من غير أن يشترط عليهم فما أحسن هذا، فقد سمي ذلك حسنًا، وإن كانوا لا يعطونه إلا بسبب الإمامة والأذان لكن مع هذا جعل ذلك بمنزلة البر والصلة فكذا هذا.

والثالث: لو رشاه ليسعى ليتقلد القضاء من السلطان، فإنه يحرم الأخذ والإعطاء؛ لأنه إنما يرشوه ليأخذ من أموال الناس.

والرابع: لو رشى القاضي ليقضي له حرم الأخذ والإعطاء سواء كان القضاء له بحق أو بجور، أما الجور لأنه سبب للقضاء بالجور، وأما الحق فلأنه أخذ المال لإقامة ما هو واجب عليه بدونه، وإذا كان الأخذ حراما يكون الإعطاء حراما؛ لأنه تمكين من القبض والتمكين من الحرام حرام بخلاف ما إذا دفع الرشوة إلى الظالم يحل له الدفع؛ لأن به يدفع الظلم عن نفسه وعن ماله، وفي القاضي قصد المدعي بدفع الرشوة أن يصير المدعى به ملكًا وحقًّا له، وهذا إنما يحصل إذا نفذ القضاء وقضاء القاضي فيما ارتشى باطل فلا يصير ملكًا وحقًّا له.

وذكر الخصاف في أدب القاضي: أن قضاء القاضي فيما ارتشى لا ينفذ وسجله يكون باطلًا؛ لأنه لما رشاه المدعي فقد استأجره والقضاء بحق فرض عليه والاستئجار على إقامة ما هو فرض لا يجوز كالاستئجار على الطاعات، فأما قضاؤه في غير ما ارتشى فالصحيح أنه ينفذ لما مر.

وإن رشى الطالب ولد القاضي أو كاتبه أو أحد من أعوانه على أن يعين له عند القاضي ليقضي له وهو حق له يقضي القاضي وهو لا يعلم بذلك فالطالب آثم بما صنع والقاضي معايب وهو حرام عليه والقضاء نافذ؛ لأن القاضي لم يصر مستأجرًا على القضاء؛ لأنه لم يأخذ الرشوة ولا ينبغي للقاضي أن يتخذ بوابا يمنع الناس من الدخول عليه حتى يأخذ قطعة؛ لأن ذلك رشوة يأخذها بتمكين القاضي فيكون ذلك بمنزلة رشوة أخذها القاضي لكن ينبغي أن يتخذ بوابا يحتسب في ذلك وإلا يعطى كفايته كما يعطي كفاية القاضي من مال بيت المال.

ولا يقبل القاضي الهدية من الأجنبي إذا كان لا يهدي إليه قبل القضاء؛ لأنه يحتمل أن الإهداء لأجل القضاء حتى يميل إليه متى وقعت الخصومة، وإذا قبل الهدية ماذا يصنع به قالوا: يرد على المُهدي إن أمكنه الرد، وإن لم يمكنه الرد على صاحبه يضعه في مال بيت المال.

هكذا ذكر محمد في (السير الكبير)؛ لما رُوي: أن أم كلثوم امرأة عمر بن الخطاب رضي الله عنه أهدت طيبًا من طيب الحجاز لامرأة كلب الروم، فأهدت إليها جواهر، فدخل عليها عمر فرأى ذلك في يدها، فقال: من أين لك هذا؟ فأخبرته بذلك، فقال عمر: ضعيها في بيت المال إنما أهدت إليك لأنك امرأة أمير المؤمنين، فجعلت تبكي إذا دخل عليها أبوها على بن أبي طالب رضي الله عنهم، فقال عمر: بيني وبينك أبوك، فقصَّا عليه القصة، فقال علي: لها من الجواهر بقدر قيمة طيبها، والباقي يرد في بيت المال.

وإن كان يهدي إليه قبل القضاء، فإن كان له خصومة لا ينبغي أن يقبل نص عليه الخصاف، فإن لم يكن له خصومة، فإن كانت هذه الهدية مثل تلك الهدية أو أقل، فإنه يقبلها؛ لأنه لا يكون آكلًا بقضائه؛ لأن سابقة المهاداة دلت على الإهداء للتودد والتحبب لا للقضاء، وإن كان أكثر ترد الزيادة؛ لأنه إنما زاد لأجل القضاء ليميل إليه متى وقعت له الخصومة ويقبل الهدية من ذي الرحم المحرم، ثم الهدية على ثلاثة أوجه[1]:

في وجه: حلال للمهدي والقابض بأن أهدى لابتغاء التودد والتحبب وقد

---

(١) انظر: الهداية ١٠٤/٣، ٢٨٥، ٢٨٦، والبدائع ٩٠/٥، ١٧١ و١٠/٦ و١٤٨/٧، ١٦٤، ١٧٣، ٢١٧، وابن عابدين ٤٥٨/١ و٦٣٥/٢، والتكملة لابن عابدين ٣٥١/٢، والفروق للقرافي الفرق ٢٣٦، والتبصرة لابن فرحون ٣١٨/٢ - ٣٣٠، والقوانين الفقهية لابن جزي ٢٠٨، ٢٠٩، وبداية المجتهد ٤٢٢/١ و٢٨٥/٢، والقواعد لابن رجب ص٣١، ٣٣، ٥٣، ٥٤، ٨٧، ١٤٥، ٢٤٥، والمغني ٢١٩/٤، ٤٤٧ - ٥٠٢ و٥٩١ و١/٩، والمنثور في القواعد ١٠١/١ و١٠٩/٣، ١١٠، ٣٢٣، ومغني المحتاج ٧٤/٢، ونهاية المحتاج ١٠٠/٤، ١٠١، وقليوبي ٢٨٦/٢، وفتح العلي المالك ٢١٢/١، ٢٥١، ٢٥٢ ط. دار المعرفة.

قال عليه السلام: **"تَهَادَوْا تَحَابُّوا"**(١).

وفي وجه: حلال من المُهدي حرام على القاضي بأن خاف من غيره فهدى إليه هدية ليكف عنه، ولا يظلم ولا يشترط أنه إنما يهدي لهذا، ولكن يعلم أنه إنما يهدي لهذا؛ لأنه جعل المال وقاية لنفسه فحل له والقابض أخذ لإقامة ما هو واجب عليه فحرم عليه، وفي وجه: حرام عليهما بأن يهدى إلى غيره لكي لا يعينه على السلطان على حاجته، هكذا ذكره الخصاف وتأويله عندنا إذا كان ذلك المقصود مما لا يحل بحال من الأحوال، وإن حل يحل في جانب المهدي ويحرم على القابض. [والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب](٢).

(باب رزق القاضي وأعوانه)

ولا بأس للقاضي أن يرتزق من بيت المال مقدار كفايته وكفاية أهله ومن يمونهم حتى لا تشره نفسه إلى أموال الناس لما رُوي "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث غياث بن أسيد أميرًا إلى مكة فرض له كل سنة أربعين أوقية".

ورُوي أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما فرضا لأنفسهما من بيت المال ما يعينهما ولأنه محبوس بحق العامة، فكان عاجزًا عن التكسب فلو لم يأخذ كفايته بنفسه وغنىً له ومن يمونهم وأعوانه يحتاج إلى أن يأخذ من أموال الناس فيأخذ الرشوة، ولهذا قالوا: يستحب للإمام أن يقلد القضاء من له ثروة وغنية لكي لا يطمع في أموال الناس، وإن استعف ويبره كان أفضل له؛ لأن القضاة من السلف منهم من ارتزق فيهم شريح، ومنهم من استعف وتنزه منهم مسروق وعثمان رضي الله عنه لم يرتزق من بيت المال؛ لأنه كان صاحب ثروة ويسار وكان يحتسب.

وتكلموا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أي مال رزقه، ولم يكن يومئذ

---

(١) أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (٥٩٤) قال: حدثنا عمرو بن خالد. و«أبو يعلى» (٦١٤٨) قال: حدثنا سويد بن سعيد. كلاهما: (عمرو، وسويد) عن ضمام بن إسماعيل، قال: سمعت موسى بن وردان، فذكره.

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

بيت المال، فإن بيت المال والدواوين إنما ظهرت في زمن عمر.

قيل: إنما رزقه من الفيء ما أفاء الله تعالى.

وقيل: إنما رزقه من المال الذي أُخِذَ من نصارى نجران أو من الجزية التي أخذها من مجوس هجر ويهود وهر.

ثم القاضي هل يستحق الكفاية يوم البطالة؟

قال مشايخ بلخ: لا يستحق ويحط من الرزق بقدره.

وقال مشايخ ما وراء النهر: بأنه يستحق وهو الأصح؛ لأن القاضي يستريح في هذا اليوم لا بد له من يوم يستريح فيه حتى لا يمل، وينظر في أموره فتكون أقوى على فصل الخصومات في اليوم الذي يجلس للفصل، فكانت منفعة هذا اليوم راجعة إلى الخصوم فيستحق الكفاية، ألا ترى أنه يستحق ما يحتاج إليه في الليل، وإن كان لا يفصل الخصومة بالليل لما قلنا، ونظيره ما ذكر محمد في الوصايا: لو أوصى برقبة نخلة لإنسان وبثمرتها لآخر وكانت النخل تثمر سنة ولا تثمر سنة أخرى، فإن نفقة النخيل في السنتين جميعًا على الموصى له بالثمرة؛ لأنه متى أحاله السنة أكثر من الثمار في السنة الأخرى فيكون منفعة ذلك عائدة إلى الموصى له بالثمرة فكانت المؤنة عليه فكذا هذا، وينبغي للقاضي أن يتخذ قاسمًا مسلمًا عدلًا رزقه من بيت المال إن لم يقدر الذي قسم له أن يستأجره؛ لأنه إعانة للمسلمين، ولا يكره الناس على قسامه؛ لأن قسامه يتحكم على الناس ويطلب أجرًا كبيرا فيتضرر به الناس، وإن لم يجد قاسمين فصاعدًا لم يشرك بينهما؛ لأنه متى أفرد كل واحد ولم يشرك بينهما لا يغل كل واحد في الأجر، بل يكتفي بالقليل خوفًا من العزل.

(باب القاضي ترفع إليه قضية قاض آخر مما ينفذها وما لا ينفذها)

قضاء القضاة التي ترتفع إلى القاضي على أربعة أوجه:

أما الأول: كل قضاء وقع مخالفًا للكتاب والسنة أو الإجماع فهو باطل؛ لأنه متى خالف هذه الأدلة كان باطلًا وضلالًا.

مثاله: لو قضى قاضٍ بشهادة شاهد ويمين أو بالقتل بقسامة بأن عين الولي رجلًا أنه قبله وحلف على ذلك، والقضاء بالمتعة والقضاء بالنكاح المؤقت، والقضاء ببيع نصف عبد أعتق نصفه والقضاء بحِلِّ متروك التسمية ثم رفع إلى قاضٍ آخر لا يجوز له أن ينفذها بل يجب عليه أن ينقضها؛ لأن القضاء بشاهد ويمين يخالف الكتاب لقوله تعالى: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ﴾ الآية [البقرة: ٢٨٢] فالله تعالى شرع الفصل بالقضاء بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لا بغير ذلك وهذا مما لا يعرف إلا نصًّا أو سماعًا، فيكون القضاء بشاهد ويمين مخالفًا للكتاب والحديث فيه شاذ لا يجوز العمل به على مخالفة الكتاب ومخالفة الإجماع أيضًا، فإنه لم يقض أحد من الصحابة بشاهد ويمين إلا مروان بن الحكم وفعله لا يؤخذ ولا يعنى به فلا يكون هذا مجتهدًا فلم يتعين خلاف الشافعي فيه، والقتل بقسامة مخالف لإجماع الصحابة، فإن أحدًا من الصحابة لم يقض بالقود والقسامة، فلا يكون خلاف تلك معتبرًا، وكذا القضاء بالمتعة يخالف الإجماع، فإن الصحابة أجمعت على فساده وصح رجوع ابن عباس عنه، ورُوي عن عائشة أنها منسوخة نسختها آية الطلاق والعمل بالمنسوخ حرام، وإذا قال تزوجتك إلى شهر عندنا بطل النكاح.

وعند زفر صح وبطل التأقيت فكان هذا موضع الاجتهاد، وإذا قضى القاضي فيه نفذ قضاؤه، والقضاء ببيع نصف العبد قد أعتق نصفه مخالف لإجماع الصحابة، فإن الصحابة اتفقوا على أنه لا يجوز استدامة الرق فيه، لكن اختلفوا قال بعضهم يخرج إلى العتق بالسعاية، وإليه ذهب أبو حنيفة وقال: بعضهم يعتق كله وإليه ذهب صاحباه، وكذا القضاء بحل متروك التسمية باطل؛ لأنه مخالف للكتاب، والقضاء ببيع أم الولد نافذ عند أبي حنيفة، وعندهما: باطل بناءً على أن الخلاف المنفرد بين أهل الاجتهاد في العصر الأول يمنع انعقاد الإجماع في العصر الثاني بعده فعنده يمنع وعندهما لا يمنع، وجواز بيع أم الولد مختلف بين الصحابة فعند علي وجابر يجوز، وعند عمر وبعض الصحابة لا يجوز. ثم أجمع التابعون في العصر الثاني على أنه لا يجوز، فعندهما صارت المسألة إجماعية فقد قضى في فصل مجمع عليه فلا ينفذ وعنده تبقى المسألة اجتهادية أبدًا فقد قضى في فصل مختلف فيه فصح.

والثاني: كل قضاء وقع في محل مختلف فيه اختلافًا معتبرًا ينفذ قضاؤه بالإجماع حتى لو رفع إلى قاض آخر فقضى بإبطاله يكون باطلًا، ولو رفع إلى قاض ثالث ينفذ القضاء الأول ويبطل الثاني؛ لأن القضاء الأول كان في موضع الاجتهاد، والقضاء في المجتهدات نافذ بالإجماع، وكان القضاء من الثاني مخالفًا للإجماع فيكون باطلًا كالقضاء بجواز بيع الشرب بغير أرض، وكالقضاء بالطلاق فيمن حلف لا يأكل لحمًا فأكل سمكًا وكالقضاء بشهادة الأب لابنه نافذ عند أبي يوسف؛ لأنه مختلف فيه؛ لأن مالكًا يقول بجواز شهادة الأب لابنه والآثار فيه متعارضة، وعند محمد باطل؛ لأنه قضى في موضع فيه نص بخلافه، وكالقضاء بالشفعة لصاحب الطريق دون صاحب الحائط، أو قضى بينهما نصفين ينفذ وكالقضاء بالقرعة في رقبة أعتق الميت أحدهم تعين عينه ينفذ وكالقضاء بالحل وعدم حرمة المصاهرة بالزنا أو بالحرمة نفذ قضاؤه حتى لو وطئ أم امرأته أو ابنتها فخاصمته زوجته في ذلك إلى قاضٍ لا يرى حرمة المصاهرة بالزنا فقضى بالمرأة لزوجها ليس لقاض آخر أن يبطل قضاء الأول بل ينفذه نص عليه الخصاف، وكذلك محمد في (المنتقى)؛ لأن هذا فصل مختلف فيه؛ لأن الصحابة اختلفوا في حرمة المصاهرة بالزنا والعلماء، والأحاديث فيها مختلفة. ثم هل يحل للزوج المقام معها ينظر إن كان الزوج جاهلًا حل له المقام معها، فإن قضى بتحريمها نفذ قضاؤه فلا يحل له المقام معها؛ لأن المقضي له متى كان جاهلًا يتبع رأي القاضي، وإن كان عالمًا ينظر إن قضى القاضي بتحريمها والمقضي له يرى حلها نفذ القضاء بالإجماع حتى لا يحل له المقام معها؛ لأن الزوج مقضي عليه فيتبع في القضاء عليه رأي القاضي، وإن قضى له بحلها والمقضي له يرى حرمتها ينفذ قضاؤه حتى يحل له المقام معها عندهما.

وعند أبي يوسف لا ينفذ حتى لا يحل له المقام معها ذكر هذا الخلاف في النوادر، وذكر في استحسان الأصل وفي السير الكبير: إذا طلقها بلفظة الكتابة فرفع إلى قاضي يرى الكتابات رواجع فقضى له بالرجعة حل له أن يراجعها، وإن كان رأيه خلاف ذلك ولم يذكر خلافًا ففي ظاهر الرواية ينفذ من غير خلاف،

لأبي يوسف أن القضاء في حق المقضي له قوي لأنه لا إلزام عليه؛ لأنه مخير فيه إن شاء راجع، وإن شاء لم يراجع وبالفتوى لا يصير الحلال حراما والبائن رجعيًا، كما لو شهد شاهدان على رجل أنه قتل ولي هذا عمدا وقضى له القاضي بالقود والولي يعرف أن الشهود شهود زور لا يحل له أن يقتله فكذا هذا. لهما: أن القضاء إلزام في حق المقضي له من حيث الاعتقاد؛ لأنه ألزمه اعتقاد ثبوت الحل والرجعة فيصير مقضيًا عليه في حق الاعتقاد إن لم يكن مقضيًا عليه في حق الاستيفاء وهذا لو كان جاهلًا ينفذ فكذا إذا كان عالمًا؛ لأن القضاء ملتزم في حق الناس كافة بخلاف الفتوى؛ لأنه ليس بملزم لا من حيث الاعتقاد ولا من حيث الاستيفاء.

ولو قال لامرأته: أنت طالق ألبتة وهو ينوي واحدة، ثم تزوجها على مهر جديد وشهود ثم رافعته إلى القاضي فجعلها ثلاثًا وفرق بينهما لا يسع للزوج أن يقرها ولا يسع لها أن تدعه؛ لأن هذا القضاء عليهما وقد حصل في محل الاجتهاد لأنها مختلفة بين الفقهاء منهم من يجعلها واحدة ومنهم من يجعلها ثلاثًا فنفذ قضاؤه.

وكذا لو قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق ثلاثًا ثم تزوجها فخاصمته إلى قاض لا يرى انعقاد هذه اليمين فأجاز النكاح وإبطال الطلاق ليس لقاض آخر أن يبطله بل ينفذه؛ لأن القضاء بفسخ اليمين قضاء في محل الاجتهاد فنفذ بالإجماع.

ورُوي عن أبي يوسف لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة وهو ممن لا يرى الطلاق واقعًا فرفعته امرأته إلى قاض لا يرى الطلاق واقعا فقضى بصحة النكاح ثم تحول الرجل عن رأيه وصار ممن يرى الطلاق واقعا ثم تزوج امرأة أخرى، فإنه يمسك المرأة الأولى ويفارق الثانية؛ لأن القضاء ببطلان الطلاق في المرأة الأولى نفذ؛ لأنه وافق رأيه، وكان في زعمه أن القاضي مصيب والقضاء متى نفذ في محل الاجتهاد لا ينقض، وفي حق المرأة الثانية القاضي هنا قضى ببطلان الطلاق في حقها وكلمة كل تعم النساء فينبني الأمر على رأي نفسه، وكذلك القضاء بالسلم في الحيوان وطلاق المكره، والقضاء بقول القافة والقضاء برد المنكوحة بالعيوب الخمسة ينفذ سواء قضى بالجواز أو بالرد؛ لأنه مجتهد فيه.

والثالث: القضاء في محل فيه قول مهجور لا ينفذ؛ لأن قول المهجور ساقط

الاعتبار في مقابلة قول الجمهور، وقوله يكون خلافًا لا اختلافا، فإنه لما أجمع فقهاء الأمصار على شيء فقول واحد يخالف قولهم يكون خلافًا لا اختلافًا، فمن قضى بقوله كان قضاؤه موضع الخلاف، والقضاء ينفذ في موضع الاختلاف لا في موضع الخلاف؛ لأنه مخالف للإجماع فكان باطلًا مثاله:

إذا كان القود بين رجل وامرأة فعفت المرأة عن القود فأبطل ذلك قاضٍ وقضى بالقود للرجل وقال: لا عفو للنساء، فإنه لا ينفذ ولقاض آخر أن ينفذ العفو ويبطل القود لأن من قال إنه لا حق للنساء في القصاص فلا يصح عفوهن هذا قول مهجور مخالف لقول الجمهور ومخالف للكتاب قال الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡتُمۡ إِن لَّمۡ يَكُن لَّكُمۡ وَلَدٌۚ﴾ [النساء: ١٢] أثبت لها الحق في ربع المتروك من غير فصل.

وكذلك رجل طلق امرأته ثلاثًا أو طلقها واحدة وهي حبلى أو حائض أو قبل الدخول بها قضى قاض بأنه لا يقع شيء أو تقع واحدة فهو باطل؛ لأنه إن كان على قول أهل الزيغ إذًا لوقع الثلاث، أو في حالة الحيض لا يقع أصلًا وعلى قول الحسن البصري إذا أوقع الثلاث تقع واحدة لكن على القولين باطل؛ لأنه مخالف لكتاب الله تعالى وهو قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠] والمراد منه الطلقة الثالثة، ولو كان للمتقدمين قول في مسألةٍ من غير إجماع، ثم قال واحد من المتأخرين فيها قولا آخر مخالفًا لقول الأول فقضى القاضي بقول المتأخر ينفذ؛ لأن الناس يتفاوتون في حدة الخاطر وذكاء الفهم فتصير المسألة مختلفة، ولو كان فيها اختلاف المتقدمين على قولين فقضى القاضي بقول ثالث ينظر إن كان مخالفًا لقول علماء زمانه لا ينفذ قضاؤه بالإجماع، وإن كان موافقًا له قيل ينفذ وإليه مال الخصاف، وقيل: لا ينفذ وإليه مال المحققون من أصحابنا وهذه مبنية على مسألة أصولية أن أهل العصر إذا أجمعوا على شيء وانقرضوا ثم خالفهم من بعدهم من العلماء، واتفقوا على قول خلاف قول المتقدمين هل يصح منهم؟ قيل يصح، وقيل لا يصح وهو الصحيح؛ لأن المتقدمين لما اختلفوا على قولين وتناظروا وأتى كل واحد منهما بالدلائل والحجج، فقد

أجمعوا على أن ليس هناك قول ثالث فصار كما لو أجمعوا على قول واحد، ولو أجمعوا على قول واحد ثم أجمع من بعدهم على خلاف ذلك كانت المسألة مختلفة فكذا هذا، بخلاف ما لو نقل عن المتقدمين قول واحد من غير إجماع؛ لأنهم ما تناظروا وما أجمعوا على انعدام قول آخر، فإذا ظهر قول بخلاف قولهم صارت المسألة مختلفة.

والرابع: إذا كان نفس القضاء مختلفًا فيه بأن قضى القاضي بحقّ على الغائب أو للغائب هل ينفذ؟ فيه روايتان عن أصحابنا رحمهم الله، في رواية لا ينفذ وهكذا ذكر الخصاف وهو الصحيح؛ لأن محل القضاء فصل مجتهد فيه، ومتى كان نفس القضاء مختلفًا فيه لا يصير محل الخلاف موجودًا، فإذا قضى الآن وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يرجح أحدهما على الآخر، حتى لو قضى قاضٍ على الغائب ثم قضى قاضٍ آخر بنفاذ قضاء الأول ينفذ، وذكر في المفقود ما يدل على أنه ينفذ، فإنه قال: لو جعل القاضي خصمًا في كل حق المفقود يجحد صح حتى لو أنفذ الخصومة وقضى للمفقود جاز؛ لأنه قضى في فصل مجتهد فيه؛ لأن القضاء للغائب وعلى الغائب مختلف فيه. الفاسق إذا قضى فرفع إلى قاض آخر فأبطله ليس لقاض ثالث أن ينفذه، والمحدود في القذف إذا قضى بعد التوبة فرفع إلى قاض آخر فينفذه جاز ثم رفع إلى ثالث ليس له أن ينقضه؛ لأن نفس قضاء الفاسق وقضاء المحدود في القذف مختلف فيه عندنا، قضاء الفاسق ينفذ، وقضاء المحدود في القذف بعد التوبة لا ينفذ، وعند الشافعي على العكس فكان القضاء منهما مجتهدًا فيه لا أن يكون القضاء منهما في محل الاجتهاد فكان القضاء الثاني واقعًا في محل الاجتهاد فنفذ.

(باب ما يحله قضاء القاضي وما لا يحله)

قضاء القاضي بالعقود والفسوخ بشهادة الزور ينفذ ظاهرًا وباطنًا.

وعندهما والشافعي: لا ينفذ.

وصورته: شهد شاهدان بزور بنكاح امرأة أجنبية لرجل، فقضى القاضي بالنكاح

بينهما ينفذ عنده حتى حل للزوج وطؤها خلافًا لهم، حجتهم: أن القاضي مأمور بالقضاء بالحجة، والحجة على البينة العادلة الصادقة، والصدق وجد ظاهرًا لا باطنًا فكانت الحجة موجودة ظاهرًا لا باطنًا فنفذ القضاء ظاهرًا لا باطنًا كما في الأملاك المرسلة.

له: أن القاضي مأمور بقطع المنازعة والمشاجرة وفصل الخصومة والمنازعة، ولا يمكنه قطع المنازعة إلا بتقديم النكاح بينهما مقتضى القضاء سابقًا عليه حتى إن الزوج إذا طلب منها التمكين للاستمتاع يجوز عليهما التمكين ولا يمتنع باعتبار الحرمة باطنًا فوجب أن يثبت النكاح والحل بينهما قطعًا للمنازعة تصحيحًا للقضاء كما في قوله: أعتق عبدك عني على ألف يقدم البيع تصحيحًا لطلب الإعتاق فكذا هذا، وقضاء القاضي بشهادة الزور في الأملاك المرسلة لا ينفذ باطنًا بالإجماع حتى لا يحل للمقضي له وطؤها إن كانت جارية، ولا لبسه إن كان ثوبًا، ولا أكله إن كان طعاما، ويجعل للمقضي عليه ذلك سرًّا؛ لأنه لا يمكن القضاء بالملك إلّا بسبب ولا تعتبر بعض الأسباب بأولى من البعض فيتعذر القضاء بالملك له، وفي العقود والفسوخ السبب متعين فأمكن إثباته بمقتضى القضاء سابقًا عليه تصحيحًا للقضاء.

ولو شهد شاهدان على رجل؛ أنه طلق امرأته بائنًا بزور فقضى القاضي بالفرقة بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين بعد انقضاء العدة جاز عنده ويحل للزوج الثاني وطؤها سواء كان جاهلًا بحقيقة الحال أو عالمًا.

وعندهما: إن كان جاهلًا حل له وطؤها؛ لأنه يتبع الظاهر ولا يكلف بما في الباطن. كما لو اشترى أمة من رجل ثم ظهر أن البائع لم يكن مالكًا لها لا يوصف وطؤها بكونه حراما، وإن كان عالمًا بأن كان الزوج أحد الشاهدين لا يحل، فأما الزوج الأول لا يحل له وطؤها ظاهرًا حتى لو وطئها يكون زانيا عند القاضي، ويقيم عليه الحد ويحل في الباطن عند محمد وعند أبي يوسف لا يحل؛ لأن الفرقة واقعة عند أبي حنيفة فصار قوله شبهة فيحرم الوطء احتياطًا.

ولو دخل بها الثاني وفارقها وانقضت عدتها فلا بأس أن يتزوجها الأول بالإجماع.

أما عنده فلأن القضاء بالفرقة بالثلاث نفذ وقد وجد المحلل وهو الدخول في نكاح صحيح.

وأما عندهما: فلأن نكاح الأول قائم فكان تزويج الأول مرة أخرى إمساكًا لهما بحكم النكاح القديم لكنهما يجددان النكاح حتى لا يتهمان في الناس، والشهادة في عتق الأمة نظير الشهادة في الطلاق فيما وصفت.

وقضاء القاضي بالنكاح بشهادة الزور في معتدة الغير أو منكوحته لا ينفذ؛ لأنه تعذر تقديم النكاح عليه.

وقضاء القاضي ببيع الأمة بألف بشهادة الزور ينفذ ظاهرًا وباطنًا عنده حتى حل للمشتري غشيانها خلافًا لهما.

ولو كان هو المدعي للبيع والمشتري ينكر وقامت بينة الزور على ذلك فعند أبي حنيفة هذا والأول سواء، وعندهما إن رضي المشتري بذلك يحل، وإن لم يرض فلا يحل؛ لأن البيع انعقد من جانب المدعي برضاه فنفذ شرط العقد ويصير كأن القاضي تولى العقد من جانب الآخر بغير رضاه فتوقف على رضاه، فإن رضي نفذ وإلا فلا، فلو أنه عازم على الخصومة ونقض البيع إن قدر، ثم وطئ الجارية أو لبس الثوب أو أكل الطعام كان ذلك رضاء بالبيع ولا يسعه الخصومة في نقضه؛ لأن البيع قد نفذ برضاه.

وقضاء القاضي بشهادة الزور في النسب والهبة، فعن أبي حنيفة فيه روايتان:

في رواية عن أبي حنيفة: أنه ينفذ، حتى يحل له أكل الميراث والموهوب كما في الشراء والنكاح؛ لأن النسب معين بدعوى المدعي فأمكن القضاء بالملك بالنسب.

وفي رواية الخصاف عنه: أنه لا ينفذ، كما في الأملاك المرسلة.

والرواية الأولى حيلة لمن لا وارث له أن يدعي شخصًا وهو مجهول النسب أنه

ابنه أو ابنته، وأقام على ذلك شاهدي زور ليقضي القاضي بالنسب له. [والله تعالى أعلم][(١)].

(باب القاضي يقضي فيُعْزَلُ فَيُطْلَبُ بشيء مما كان فَعَلَهُ)

ولا يقبل قول القاضي المعزول بحق إلا [ببينة][(٢)]؛ لأنه حكى أمرًا لا يملك استئنافه للحال.

ولو ادعى رجل على القاضي المعزول أنه قتل أباه فلانًا ظلمًا، أو أخذ مني بغير حق ودفعه إلى هذا وقال المعزول: إنما قضيت به ببينة أو بإقرار الخصم فالقول له بلا يمين ولا ضمان عليه؛ لأنهما اتفقا أنه فعل وهو قاضٍ فصار النائب بالموافقة كالنائب بالمعاينة.

ولو عاينا أنه فعل وهو قاض كان القول قوله بلا يمين؛ لأن القاضي أمين، ومن ضرورة كونه أمينًا أن يكون قوله مقبولًا ولا يكون ضمينًا، وهل ينتزع المال من يد المقضي له إن صدق القاضي المعزول فيما يقول ينزع من يده ويدفع إلى المقضي عليه حتى يقيم المقضي له البينة على أن المعزول حكم له بذلك لأنهم تصادقوا أن المال وصل إلى يده من يد المقضي عليه، وأن اليد كانت له ثم المقضي له ادعى التملك منه وهو ينكر وقول المعزول في الحال يقبل في حق دفع الضمان عن نفسه لا في إلزام الحكم على الغير.

وإن كذب القاضي المعزول وقال: المال مالي لم آخذه من هذا ولا حَكَم لي به المعزول فالقول قوله؛ لأن المال في يده واليد دليل الملك.

ولو أخطأ القاضي في حكم، فإن ظهر خطؤه في حقوق الله تعالى كالحدود بأن ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون في القذف فضمان ذلك على بيت المال؛ لأن القاضي عامل لجماعة المسلمين وأن منفعة استيفاء الحدود عائدة إلى المسلمين فكان ضمان خطئِهِ في مال المسلمين.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): بدينه.

وإن ظهر خطؤه في حقوق العباد، فإن كان خطأ يمكن رده بأن قضى بملك أو طلاق أو عتاق، فإنه يأخذ من المقضي له ويرد على المقضي عليه؛ لأنه قضى مع فقد الحجة أصلًا فكان قضاؤه باطلًا بخلاف ما إذا قضى بشهادة كاذبة باطنًا؛ لأنه مكلف بالقضاء بالبينة الصادقة ظاهرًا لا باطنًا؛ لأنه لا وقوف للعباد على البواطن، وإن كان خطأ لا يمكن رده كالقضاء بالقصاص واستوفى القصاص تجب الديّة على المقضي له في ماله؛ لأن القاضي عامل له؛ لأن غنم القضاء له فيكون عزمه عليه هذا كله إذا أخطأ القاضي، وإن تعمد وأقرانه ذلك كان الضمان عليه؛ لأن حيلة القاضي تكون سببًا لوجوب الضمان عليه، ويصير به قاسمًا فيعزل، وكذلك إذا أقر أنه قضى على هذا الرجل بقضية جور أو أقر برشوة في حكم يغرم ويصير فاسقًا ولا ينقض تلك القضية؛ لأنه لا يصدق على ذلك إلا إذا صدقه المقضي له.

(باب لمن يجوز قضاؤه ولمن لا يجوز)

ويجوز للقاضي أن يقضي للمقلِّد أو يقضي عليه، ألا ترى أن عليًا قَلد شُريحًا وخاصم عنده، ولأن القاضي المقلَّد نائب عن المسلمين وليس بنائب عن المقلِّد، ولهذا لا ينعزل بموت المقلِّد؛ لأن له ولاية التقليد والعزل بإنابة المسلمين فيه لا بنفسه.

وكذلك لو قضى لولد المقلِّد أو لوالده أو لزوجته ولا يجوز قضاؤه لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له؛ لأن مبنى القضاء على الشهادة، ولا يصلح شاهدًا لهؤلاء فلا يصلح قاضيًا لهم لمكان التهمة، ويجوز له أن يقضي عليهم؛ لأنه لو شهد عليهم جاز فكذلك القضاء.

ويجوز أن يقضي لمن تقبل شهادته له كالأخ والعم وأولادهما.

وكذلك لو قضى لأب امرأته وأمها، وإن كانا قدما ما لم يجز قضاؤه لهما: إذا كانت امرأته ترث من ذلك شيئًا؛ لأنه لو شهد لهما في هذه الصورة لم يجز، فكذا إذا قضى لهما.

ولو قضى لامرأة ابنه أو لزوج ابنته والمقضي له حي جاز، وإن كان ميتًا لم يجز إذا كان الابن أو البنت ممن يرث منه لما قلنا.

(باب موت الخليفة والقاضي)

ولو مات الخليفة أو عزل وولي غيره بأن اجتمع الناس على خلعه والاستبدال به وله قضاة وولاة لا ينعزلون بموته، لأنهم يعملون للمسلمين نصّبوا لمصالحهم وكانوا نوابا عنهم والخليفة والوالي نائب عن المسلمين في تقليدها ولاء والمسلمون على حالهم فيبقى نوابهم على حالهم.

وكذلك لو مات والي المدينة وله عمال لا ينعزلون؛ لأنهم نُصِبوا لمصالح أهل المدينة فكانوا نوابًا عنهم، ولو عزل الخليفة قاضيًا من قضاته لا ينعزل حتى يصل إليه كتاب عزله أو تقدم قاض مكانه؛ لأن الخطاب من الشرع بالأوامر والنواهي إنما يثبت حكمه في حق المخاطب إذا بلغه، فكذلك الخطاب من العبد فما لم يبلغه لا ينعزل والبلوغ بالعلم وصار كما إذا عزل الوكيل أو حجر على عبده المأذون لا ينعزل الوكيل والعبد قبل العلم، ألا ترى أن والي الصلاة إذا عزل فلم يقدم وال إلى مكانه، فإنه يجمع بالناس إلى أن يقدم الوالي عليه، فإن علم القاضي بعزله قبل أن يقدم عليه آخر اختلف المتأخرون فيه: قيل لا ينعزل، ألا ترى أن الخطيب لا ينعزل وإن علم بالعزل ما لم يقدم عليه خطيب آخر فكذا هذا.

ونص الخصاف في أدب القاضي: أنه ينعزل القاضي متى علم به، وإن لم يقدم عليه قاض بخلاف الخطيب في الجمعة، والفرق أن الجمعة مؤقتة ولو لم يجمع الناس بعد العلم تفوتهم الجمعة، وفي حق القاضي ليس شيء مؤقت يفوت بفوات الوقت، فإذا علم بعزله بكتاب أو بخبر ينعزل.

(باب استخلاف القاضي وتوليته غيره)

ولا يستخلف القاضي إذا مرض أو سافر إلا بإذن الخليفة؛ لأن الخليفة إنما

فوض التصرف إليه برأيه لا برأي غيره، فلا يملك أن يستخلف غيره إلا بإذن الخليفة كالوكيل بالبيع لا يملك أن يوكل غيره إلا بإذن موكله.

وكذلك الخليفة إذا أمر القاضي أن يستخلف رجلًا بحكم فأمر رجلًا يحكم بين الناس جاز، فإن قضى خليفته ولم يكن أمره الإمام بذلك لم يجز، فإن اختار القاضي قضاءه نفذ قضاؤه.

وعند زفر: لا يجوز، وهذا بناء على أن الوكيل إذا وكل غيره بالتصرف، ولم يكن مأذونًا فيه فتصرف الوكيل الثاني فأجاز الأول جاز عندنا خلافًا له؛ لأنه لما أجازه فقد حضر هذا التصرف رأي الأول فصار كأن الأول تصرف بنفسه.

ولو استخلف عبدًا أو ذميًا أو صبيًا أو مجنونًا فقضى الخليفة فأجازه القاضي لا يجوز؛ لأنه لو أجاز شهادة هؤلاء لا يجوز فالقضاء أولى؛ لأنه مبني على الشهادة.

ولو أن امرأة استقضيت فحكمت بأشياء جاز حكمها إلا في الحدود والقصاص اعتبارًا للقضاء بالشهادة، ولو أمر الخليفة بأن يستخلف رجلًا يسمع من الخصوم ويثبتوا عنده البينة ويكتب الإقرار ولا يقطع حكمًا فأمر القاضي رجلًا يقوم بذلك لا يجاوز ذلك؛ لأن الخليفة لو أمر القاضي أن يسمع الدعوى والبينة ويكتب الإقرار ولا يحكم بل يرفع الأمر إلى الخليفة حتى يقضي به الخليفة كان صحيحًا وكذلك في حق الخليفة، وإذا رفع إلى قاض لا يقضي بتلك البينة حتى يعيدوا الشهادة بحضرة المدعي والمدعى عليه هكذا نص عليه الخصاف، فإذا صحت الشهادة عنده قضى بتلك الشهادة وهذا أفضل عند الناس عنه، فإن نائب القاضي يسمع البينة ويكتب الإقرار ويبعث إلى القاضي والقاضي يقضي بذلك ولا ينبغي له أن يقضي بتلك البينة بل عليه أن يكلفه إعادة البينة بين يديه؛ لأن من سمع البينة وهو الخليفة لا يستفيد؛ ولأن الحكم بتلك البينة فمن لم يسمع كيف يستفيد، وكذلك الإقرار بحضرة المقر، والمقر له حتى يقر عنده بالحق فيحكم به، فإن كان الشهود شهدوا عند خليفة بالحق للمدعي، ثم ماتوا أو عابوا فأعلمه خليفته أنهم شهدوا عنده على كذا وكذا لم يقبل ذلك ولم يحكم به، وكذلك لو أقر المدعي قبله بشيء عند خليفته ثم جحد فأخبره خليفته أنه أقر لهذا بكذا وكذا لم يقبل القاضي ذلك؛ لأن من سمع

البينة والإقرار لم يستفد، ولاية الحكم بذلك فمن لم يسمع كان أولى إلا أن يشهد مع خليفة غيره على إقراره فيقبل ذلك على طريق الشهادة.

(باب الخوارج وأهل البغي يولُّون قاضياً)

غلب البغاة على مدينة فاستعملوا عليها قاضيًا فقضى بأشياء، ينظر إن ولوا قاضيًا من أهل البغي والخوارج لا ينفذ شيء من قضاياه؛ لأن ما يفعله قاضي الخوارج وأهل البغي لا يفعله على وجه الحكم، وإنما يفعله على وجه الاستحلال فإنهم يستحلون دماءنا وأموالنا فلم يكن ذلك على وجه الحكم، وإن كان موافقًا للشريعة.

وكذلك لو كتب هذا القاضي إلى قاضي أهل العدل في حق لرجل على رجل، فإنه لا يقضي به؛ لأنه لو قضى بنفسه لا ينفذ فأولى أن لا يقضي بكتابه.

وإن ولوا قاضيًا من أهل العدل ينفذ قضاؤه حتى لو ظهر عليهم أهل العدل فرفع إلى قاضي أهل العدل نفذه؛ لأن ما يفعله يفعله على وجه الحكم إلا أنه إنما يقوى على تنفيذ الحكم بالخوارج وحكم القاضي ينفذ، وإن كان بقوة أهل الظلم والجور فقد جوّز قضاء المولى، وإن كان لا يجوز قضاء وليه ولا يمتنع مثله كالأب إذا ضرب ابنه فمات ضمن، والمعلم إذا ضرب ابنه ليؤدبه لا يضمن، والأب لو أقر على ابنه بمال لرجل لم يجز، ولو أذن لابنه الصغير في التجارة فأقر لإنسان بدين عليه جاز.

(النوادر): وذكر هشام في "نوادره": قال محمد: ولو ولى قاضيًا مشركًا على المسلمين، ثم أسلم ذلك القاضي فهو على قضائه ولا يحتاج إلى تولية ثانية؛ لأن الكافر يصلح قاضيًا فيما بينهم فصحت التولية إلا أنه توقفت في حق المسلمين على إسلامه، فإذا أسلم نفذت التولية في حق المسلمين.

قال محمد رحمه الله: قاضي ارتد عن الإسلام أو والٍ ارتد أو عميا أو فسقا ثم رجعا إلى الإسلام أو نصّرا أو صلحا فهو على قضائه على حاله لا يقلده القضاء قد صح فهذا العارض على شرف الزوال فلا يبطل تقلده بذلك.

(باب الخصمان يحكّمان بينهما حكماً)

يحتاج إلى معرفة: جواز التحكم، وتفسيره، وحكمه، ومن يصلح حكمًا ومن لا يصلح حكمًا، وما يصلح التحكم فيه وما لا يصلح، وما يبطل التحكم وما لا يبطله، وما يصح حكم المحكم فيه وما لا يصح.

أما جواز التحكيم: فثابت بالكتاب والسنة وإجماع الأمة:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾ [النساء: ٣٥] أراد به أن يحكم الزوجان حكمًا لاختيار المقام أو الفرقة، فلما جاز التحكم في حق الزوجين دل ذلك على جواز التحكيم في سائر الخصومات والدعاوى.

وأما السنة: ما رُوي أن النبي عليه السلام نزل على حكم سعد بن معاذ في بني قريظة حتى سبا ذراريهم وقتل مقاتليهم وعليه إجماع الصحابة، فإنه رُوي أنه لما وقع بين عمر وأُبي بن كعب رضي الله عنهما خصومة أتيا زيد بن ثابت رضي الله عنه وحكّماه، فقال زيد لعمر: هلا أرسلت إليّ رسولًا حتى آتيك، فقال عمر: في بيته يؤتى الحكم، ثم أراد زيد أن يضع وسادة لعمر فقال عمر: أول جور منك، ثم طالت الخصومة فيما بينهما إلى أن توجب اليمين على عمر فقال زيد لأبي بن كعب: لا يحلف أمير المؤمنين، فقال: يجب عليَّ اليمين ولا أحلف، أحلف وآخذ حقي ولا تأمني، لم يجوّز التحكم ضاق الأمر على الناس؛ لأنه يشق على الناس حضور مجلس الحكم، والجثوّ بين يدي الحكام للخصومة فجوز التحكم للحاجة.

فأما تفسيره: فيصير غيره حكمًا فيكون الحكم فيما بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس وفي حق غيرهما بمنزلة المصالح ويكون حكمه بمنزلة الصلح؛ لأنه إنما صار حكمًا بتراضي الخصمين وتراضيهما للعمل في حقهما ولا يعمل في حق غيرهما؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما لا على غيرهما فنفذ بحكمهما عليهما لا على غيرهما حتى لو طعن المشتري بعيب فحكم هو والبائع رجلًا فردّه على البائع لم يكن له أن يرده على البائع الأول؛ لأنه ليس يحكم في حق البائع الأول ويكون حكمه صالحا في حق الأول والرد بالعيب بغير قضاء بعد القبض

شراء جديدًا في حق الثالث وذلك يمنع الرد على البائع الأول إذا اصطلحوا جميعًا على حكمه يرده عليه استحسانًا. وجه القياس أنه لا خصومة للبائع الثاني مع بائعه للحال، وإنما الخصومة في الحال بينه وبين المشتري الثاني فصار رضاء الأول بحكم الحكم وجوده وعدمه سواء، ولو عدم الرضا لم يرد عليه فكذا هذا.

وجه الاستحسان: أن البائع الأول يعرض وبصدد أن يصير خصمًا بسبب هذا العيب في المال، فإنه متى رد على الثاني بقضاء للحال كان له أن يرده ويخاصم الأول، فإذا كان الأول يعرض أن يصير خصمًا في المال لم يكن بمعزل عن هذه الخصومة في الحال، فصح بحكمه للحال لقطع الخصومة وفصلها عنه في الحال وصار الحكم في حقه بمنزلة القاضي، وصار كأنه رد على البائع الثاني بقضاء والوكيل يبيع العبد إذا ظفر المشتري بعيب فاصطلحا على حكم فردّه بعيب لا يحدث مثله جاز على الآمر في رواية، وفي رواية جاز عليه دون الآمر، وإن كان عيبًا يحدث مثله يلزم البائع إلا إذا حكما برضاء الآخر؛ لأنه بمنزله الإقالة.

فأما حكم التحكيم: فإنه لا يلزم قبل الحكم ويلزم بعده حتى إن لكل واحد أن يعزله قبل إمضاء الحكم لا بعده؛ لأنه صار قاضيا من جهتهما فكان المحكم في حقهما بمنزلة القاضي المولى في حق السلطان، والسلطان لو عزل القاضي المولى قبل الحكم صح، وبعد القضاء لا يظهر العزل في حق ما أمضاه فكذا هذا، ثم إنما ينفرد أحدهما بالعزل، وإن كان التحكيم يثبت باتفاقهما؛ لأنه لو لم يرض أحدهما بهذا التحكم في الابتداء لا يصح التحكم فكذا إذا له في الانتهاء لا ينتهي التحكم؛ لأنه ليس في العزل إثبات، ولأنه على الغير إنما فيه إبطال ما يثبت للحكم من الولاية عليه بتحكمه وتفويضه وإبطال ما يثبت حاله من الولاية قبل القضاء بتفويضه جائز كما في المضاربة والشركة، فإن حكم الحكم بشيء ثم رفع إلى قاض آخر، فإن كان موافقًا لرأيه أنفذه، وإن كان مخالفًا لرأيه أبطله، وإن كان مما يختلف فيه الفقهاء خلافًا لابن أبي ليلى فرق بين هذا وبينهما إذا رفعت إلى قاضي قضية قاض آخر، فإنه ينفذه، وإن كان مخالفًا لرأيه إذا كان في فصل مجتهد فيه، والفرق أن المحكم له ولاية على الحكمين لا على غيرهما والقاضي الذي رفع إليه حكمهما

غيرهما فلا يكون حجة عليه فكان بمنزلة الصلح في حقه فكان له أن يرده إذا كان مخالفًا لرأيه، فأما القاضي له ولاية على الناس كافة فكان قضاؤه حجة على الكافة، فلا يكون للقاضي المرفوع إليه أن يرده إذا صادف القضاء فصلًا مجتهدًا فيه حكما رجلًا فأجاز القاضي حكومته قبل أن يحكم ثم حكم بخلاف رأي القاضي لم يجز؛ لأن القاضي أجاز المعدوم وإجازة المعدوم باطلة.

وأما من يصلح حكمًا ومن لا يصلح: فكل من تقبل شهادته في أمر جاز أن يكون حكمًا فيه وما لا فلا، والمرأة تصلح حكمًا، والصبي والعبد والمحدود في القذف والأعمى لا يصلح حكمًا؛ لأن الحكم في حق المحكمين بمنزلة القاضي، فكل من صلح شاهدًا صلح قاضيًا وإلا فلا. ثم إنما يعتبر كونه أهلا للشهادة في حالين حالة التحكم ووقت الحكم حتى إذا لم يكن من أهل الشهادة وقت التحكم ثم صار من أهل الشهادة وقت الحكم لا يصير حكمًا، فإن كان حكمًا عبدًا أو ذميًا أو مرتدًا أو صبيًا ثم أسلم أو أعتق أو بلغ ثم حكم لم يجز، وكذلك إن كان شاهدًا وقت التحكيم ولم يبق شاهدًا وقت الحكم لا يبقى حكمًا؛ لأن الحكم في حقهما بمنزلة القاضي المولّى والقاضي يعتبر لصحة قضائه كونه من أهل الشهادة في الحالتين فكذا هذا. فرق بين هذا وبين ما إذا تحمل العبد شهادة ثم عتق وأدى تقبل شهادته؛ لأن التحمل نوع العلم وحصوله له والعبد في حق وقوع العلم له بالسماع أو بالمعاينة والحر سواء، وإن صح التحمل أمكنه الأداء.

فأما التحكيم لا يصح حالة الرق؛ لأنه أمر بالقضاء والأمر لطلب المأمور به والمأمور به وهو القضاء من العبد غير متصور للحال فلا يصح الأمر، ولا يصح التحكم معلقًا بالحظر ولا مضافًا إلى المستقبل بأن قال لعبد أو ذمي: إن عتقت أو أسلمت فاحكم بيننا أو قالا لآخر: إذا أهل الهلال فاحكم لا يصح عند أبي يوسف.

وعند محمد: يصح له أن التحكيم ليس إلا تولية وتفويض فيصح معلقا بالحظر ومضافًا إلى وقت كما في التوكيل والقضاء والإمارة.

لأبي يوسف: إن التحكيم تولية صورة صلح معنى؛ لأنه لا تثبت إلا بتراضي الخصمين، وإنما يصار إليه لقطع الخصومة والمنازعة المتحققة بينهما وليس حد

الصلح إلا هذا، والصلح لا يصح معلقًا ولا مضافًا، والتولية تصح، فلا يصح بالشك والاحتمال بخلاف القضاء والإمارة بأن قال الخليفة لرجل: إذا قدمت من الحج فأنت والي قضاء بغداد جاز؛ لأنه تولية وهو نص حقيقة.

ولو اصطلحوا على أن يحكم بينهما أول من يدخل المسجد لا يجوز؛ لأن المصالح عليه وهو الحكم مجهول وجهالة المصالح عليه تمنع جواز الوكالة، فإنه لو قال: أول من يدخل المسجد فقد وكلته ببيعه لا يجوز؛ لأنه أوجب الحق للمجهول. اصطلحا على حكم رجل ولم يعلماه فحكم بينهما جاز؛ لأنهما أعلماه لما تقدما إليه للحكومة فصار حكمًا.

ولو حكما رجلًا فلم يقبل لا يجوز حكمه إلا بتحديد التحكيم؛ لأن التحكيم تولية وتفويض حقيقة صلح معنى، وأي ذلك اعتبر إذا أتى، فإنه يبطل بالرد، ولو حكماه على أن يستفتي فلانًا ثم يقضي بينهما ما قال فلان جاز؛ لأن تقليد القضاء بشرط أن يستفتى فلانًا ويقضي هو جائز فكذا التحكيم، ولو حكماه على أن يحكم في يومه أو مجلسه مؤقت به؛ لأن توقيت القضاء بالوقت جائز فكذا التحكيم؛ لأن في التأقيت فائدة؛ لأن الرأي يتغير بتغير الوقت.

وأما ما يصح به التحكيم وما لا يصح: فيصح التحكيم فيما يملكان فعل ذلك بأنفسهما وهو حقوق العباد، ولا يصح فيما لا يملكان بأنفسهما، وهو حقوق الله تعالى حتى يجوز التحكم في الأموال والطلاق والعتاق والنكاح والقصاص وتضمين السرقة ولا يجوز في حد الزنا والسرقة والقذف؛ لأن التحكيم تفويض والتفويض يصح بما يملك المفوض بنفسه، ولا يصح فيما لا يملكه كالتوكيل، ذكر الخصاف لا يجوز حكم المحكم في حد ولا قصاص؛ لأن حكم المحكم بمنزلة الصلح، فكل ما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز التحكم فيه وما لا فلا، وحد القذف والقصاص لا يجوز استيفاؤهما بالصلح وبعقد ما فلا يجوز التحكيم فيهما.

وذكر في المبسوط: أنه يجوز التحكيم في القصاص؛ لأن التحكيم تفويض وتولية في حقهما إن كان صلحا في حق غيرهما ومما يملكان استيفاء القصاص فيصح تفويضه إلى غيرهما وتنفيذ حكم المحكم في سائر المجتهدات نحو

الكتابات والطلاق والعتاق، وهو الصحيح، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى لكي لا يتجاسر العوام عليه ولا يجوز حكمه في دم الخطأ؛ لأن العاقلة لم تخص به، وحكم المحكم إنما ينفذ على من رضي بحكمه.

وإن قضى بالديّة على القاتل لا يجوز؛ لأن هذا الحكم مخالف للشرع، فإن الديّة في قتل الخطأ على العاقلة إلا أن يكون القاتل أقر بالقتل خطأ، فحينئذ يجوز حكمه بالديّة عليه؛ لأن ما يجب بالاعتراف لا تتحمله العاقلة، وإنما يجب على المقر فكان حكمه به موافقا للشرع فنفذ. ادعى على ميت مالًا وورثته غيّب إلا واحد فحكّما رجلًا فأقام البينة لا يجوز على الغائب ويؤخذ من الحاضر كل ما في يده؛ لأن الحاضر رضي بحكمه دون الغائب، وحكم المحكّم إنما ينفذ على من رضي بحكمه لا غير فثبت الديـن بحكم المحكم في حق الحاضر لا في حق الغائب فيستوفي من نصيب الحاضر فصار كما لو ثبت الدين على الميت بإقرار الحاضر.

وأما ما يبطل الحكومة وما لا يبطلها الحكم إنما يخرج عن الحكومة بأحد أسباب ثلاثة: إما بالعزل، وإما بانتهاء الحكومة نهائيًا بأن كان مؤقتًا فمضى الوقت أو بخروجه من أن يكون أهلا للشهادة بأن عمي أو ارتد، وإن لم يلتحق بدار الحرب، ولو غاب أو أغمي عليه وبرأ منه وقدم من سفره أو حبس كان على حكمه؛ لأن هذه الأشياء لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة، وكذا لو ولي القضاء ثم عزل عنه فهو على حكومته؛ لأن العزل لم يوجد من جهة المحكمين، وإنما يوجد من جهة الوالي وولاية الحكومة مستفادة من جهة المحكمين لا من جهة الوالي، وكذا لو حكم بينهما في بلد جاز؛ لأن التحكيم حصل مطلقًا فكان له الحكومة في الأماكن كلها. حكّم الذميان ذميًا ثم أسلم أحد الخصمين، خرج من الحكومة فيما بينهما أراد به في الحكم على المسلم لا على الذمي حتى لو حكم للذمي على المسلم لا يجوز.

وإن حكم للمسلم على الذمي يجوز نص عليه في موضع آخر من المبسوط، فإن قال مسلم وذمي حكما ذميًا جاز حكمه على الذمي دون المسلم؛ لأنه بإسلام أحدهما خرج من أن يكون شاهدًا على المسلم وبقي شاهدًا للمسلم على الذمي

فكذا يخرج عن كونه حكمًا على المسلم وبقي حكمًا للمسلم على الذمي، وقيل: لا يجوز للمسلم أيضًا؛ لأن كل واحد يرضى بنفوذ حكمه عليه بشرط أن ينفذ حكمه على الآخر.

وكذلك مسلم وذمي حكَّما حكمًا مسلمًا وذميًا، فإن حكما للمسلم على الذمي جاز وإن حكما للذمي على المسلم لا يجوز؛ لأن شهادتهما على الذمي مقبولة فيجوز حكمهما عليه، ولا شهادة للذمي على المسلم إن كان للمسلم على المسلم شهادة فلم يجز حكم الذمي على المسلم وبقي المسلم منفردًا بالحكم وقد رضيا بحكمهما فلا ينفرد أحدهما بالحكم كما لو حكما عبدًا وحرًّا فحكما لم يجز حكمهما؛ لأن حكم العبد لا يجوز فبقي الحر منفردًا بالحكم وقد رضي بتحكيمهما فلا ينفرد أحدهما به. حكم ذمي بين مسلمين فأجازاه لم يجز كما لو حكّماه في الابتداء؛ لأن قضاءه وقع باطلًا فلا يلحقه الإجازة.

وإن رضي المقضي عليه فأقر به لزمه المال بإقراره وصلحه لا بحكم الحكم؛ لأن هذا صلح مستقبل بينهما فنفذ عليهما صلحهما بأنفسهما. ذميان حكما ذميا فأسلم الحكم قبل الحكم فهو على حكومته؛ لأنه بالإسلام لم يخرج من أهل الشهادة بل ازدادت شهادته. مسلم ومرتد حكما بينهما حكمًا فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بالدار لم يجز حكمه عليه، ولو أسلم جاز عند أبي حنيفة وعندهما جاز بكل حال؛ لأن تحكيم المرتد غيره تصرف فيه فيتوقف عند أبي حنيفة كسائر تصرفاته، غاب الخصمان فوكل كل واحد وكيلًا بخصومته فحكم بينهما جاز؛ لأن القضاء على الوكيل قضاء على الموكل، وإن وكل أحدهما الحكم نفسه وقبل خرج من الحكومة؛ لأنه صار خصمًا فيه ومن تعين خصمًا في حادثة لا تقبل شهادته فيها وتقبل عند أبي حنيفة ومحمد لا يخرج حتى يخاصم عند القاضي؛ لأنه لا يصير خصمًا بنفس التوكيل عندهما لما عرف في الوكالة. أحد الخصمين ابن الحكم أو من لا تقبل شهادته له لم يجز قضاؤه إلا أن يقضي على ابنه؛ لأنه لا تقبل شهادته له وتقبل شهادته عليه فكذا لا يصح قضاؤه له ويصح عليه.

وأمَّا ما يصح حكم المحكم وما لا يصح: حكما رجلًا فأجاز القاضي حكومته قبل أن يحكم ثم حكم بخلاف رأي القاضي لم تجز الإجازة؛ لأن حكمهما لا

يتوقف على إجازة القاضي فتكون إجازته باطلة، وكذلك إجازته حكم المحكم باطلة؛ لأنه إجازة المعدوم، فإذا بطلت إجازته وقد قضى الحكم بخلاف رأيه فكان للقاضي نقضه. الإمام إذا استعمل القاضي وأمر رجلًا ممن يجوز شهادته أن يحكم بين رجلين جاز وهو بمنزلة القاضي؛ لأن الإمام ملك تفويض القضاء إليه في عامة المسلمين فملك تفويض القضاء إليه في حق اثنين.

ولو أمر القاضي رجلًا أن يحكم بين رجلين لم يجز إلا بإذن الإمام له بالاستخلاف إلا أن يجبره القاضي بعد الحكم فيكون قضاء منه أو يتراضى به الرجلان فيكون بمنزلة حكم حكماه؛ لأن الإمام لم يأذن بتفويض القضاء إلى غيره فلا يملك التفويض، فقد فعل الحكَمُ ما لا يملكه فيتوقف على إجازة من يملكه وهو القاضي، فإذا أجاز بعد كالوكيل لا يملك التوكيل، فإن باع الوكيل الثاني ثم أجاز الوكيل الأول جاز. حكّما رجلًا فلم يوجه القاضي على أحدهما أخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعد الإخراج فأجاز جاز؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، وليس للحَكَمِ أن يفوض التحكيم إلى غيره؛ لأن الخصمين لم يرضيا بتحكيم غيره، فإن فوض وحكم الثاني بغير رضاهما فأجاز الحكم الأول لم يجز إلا أن يجيزه الخصمان، من مشايخنا من قال بأن قوله: فإن أجازه الحكم الأول لا يجوز مما لا يكاد يصح كالوكيل الأول إذا أجاز بيع الوكيل الثاني جاز وكالقاضي إذا لم يؤذن له بالاستخلاف أجاز حكم خليفته جاز.

وذكر في السير: إذا نزل قوم على حكم رجل فحكم غيره بغير رضاهما لم يجز.

ولو أجاز الأول حكمه جاز وتأويل قوله إن إجازته باطلة أي إجازته بحكمه وتفويضه إلى الثاني باطلة؛ لأن الإذن منه في التحكيم في الابتداء لا يصح فكذا في الانتهاء، فأما إجازته حكم الثاني يجوز كأنه يأسره بنفسه، ومنهم من فرق بينهما، والفرق أن الحكم لا يصلح لملك القضاء على الخصمين من غير رضاهما فلا يملك أيضًا إجازة قضاء الغير عليهما من غير رضاهما بخلاف إجازة القاضي حكم خليفته؛ لأن القاضي يملك القضاء بما قضى خليفته من غير رضا الخصمين فجاز أيضًا إجازته قضاء خليفته من غير رضاهما وبخلاف إجازة الوكيل الأول البيع

الثاني؛ لأن البيع ينعقد بدون العبارة بالتقاضي، فكان المقصود بالتوكيل حضور رأي الوكيل عند البيع لا عبارته، فإذا أجاز بيع الثاني فقد حضر رأيه عند البيع فصح.

فأمّا الحكم لا يصح إلا بالعبارة، والخصمان رضيا بانعقاد الحكم بعبارته لا بعبارة غيره.

اتفقا على حكمين فحكم أحدهما لم يجز؛ لأن القضاء أمر يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير وهما رضيا برأيهما دون رأي أحدهما فلم ينفرد أحدهما بالقضاء كوكيلي البيع والشراء، وكالإمام إذا فوض القضاء إلى اثنين لا ينفرد أحدهما به فكذا هذا.

ولو كان أحد الحكمين عبدًا لم يجز حكمهما؛ لأن العبد ليس من أهل القضاء فلا ينفذ حكمه وحكم الحر بانفراده لا ينفذ؛ لأن الخصمين إنما رضيا بحكم اثنين فلا ينفرد أحدهما بالحكم. حكّما رجلًا فقضى لأحدهما ثم حكّما آخر ينفذ حكم الأول إن كان جائزًا عنده وإن كان جورًا أبطله؛ لأن الحكم في حقهما بمنزلة القاضي والقاضي يقضي برأيه لا بما قضى به الحكم فكذا الثاني يقضي برأيه لا بما قضى به الأول. حكّما رجلًا فحكم فحكّما آخر فحكم بينهما سوى ذلك ولا يعلم بالأول ثم رفعا إلى القاضي، فإنه ينفذ حكم الموافق لرأيه؛ لأن الأول لم يكن حكمًا في حق القاضي فكان للقاضي أن يقضي فيه برأيه، وإذا رد الحاكم الشهادة لتهمة ثم اختصموا إلى آخر أو قاضٍ فيكتب البينة يقضي؛ لأن الحَكَمَ لم يكن قاضيًا في حق غير الخصمين ولم يقبل بهذه الشهادة رد قاض من قضاة المسلمين، وإنما اتصل به رد واحد من الرعايا فكان للقاضي إبطال هذا الرد إذا تبينت العدالة عنده، بخلاف ما لو رد قاض من القضاة شهادته للتهمة لا يقبلها قاض آخر؛ لأن القضاء بالرد نفذ على كافة المسلمين وهذا لو قضى في فصل مجتهد فيه ليس لقاض آخر أن ينقضه، وإن كان يخالف رأيه فحكم حكم لأحدهما ثم رجع وقضى للآخر فقضاؤه للأول نافذ وللثاني باطل؛ لأنه انتهت الحكومة بالقضاء الأول وخرج عن التحكيم فقضى للثاني وليس بحكم فلا ينفذ حكمه، ولا يجوز كتاب الحكم إلى القاضي بحكمه، كما لا يكتب القاضي إليه كالرعية في حق القاضي والقاضي لا يقبل كتاب الرعية، ولا يحكم الحكم بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ؛ لأنه لم يكتب إليه إذا رضي الخصمان أن ينفذ الحَكَم القضاء بينهما فيجوز إن شاء الحكم ابتداء لأنهما رضيا بحكومته.

(فصل)

حكّما رجلًا ما دام في مجلسه فقالا: لم تحكم بيننا، وقال الحكم: حكمت، فالحكم مصدق ما دام في مجلسه؛ لأنه حكى ما يملك استيثاقه فيملك الإقرار به أمام أحدهما البينة على الحاكم أنه حكم له رأيه بجحد، تقبل بينته لأن الحكم بمنزلة القاضي في حقهما.

ولو ادعى أن قاضي كذا قضى له بقضية وأنه يجحد تقبل بينته؛ لأنه ادعى حقًّا على المدعي قبله بسبب صحيح؛ لأن القضاء لما كان سببًا لوجوب الحق فالمدعي أقام البينة على سبب فوجب الحق على الخصم فيقبل.

ولو أشهد الحكم أنه قضى بالبينة لفلان على فلان جاز، كما يجوز في القاضي إذا شهد شاهدان أن الحكم قضى لفلان على فلان بألف، وشهد آخران للآخر أن الحكم أبرأه من الألف المدعاة والحكم غائب أو حاضر يقر أو ينكر يقضي بالبراءة؛ لأن المدعى عليه لما ادعى البراءة فقد حصل مقرًّا بالدين فوقع الاستغناء عن قبول بينة الطالب لإقراره بالدين إلا أنه أثبت البراءة بعد ذلك فقضى بالبراءة كما في القاضي المولى، ولو كانت الخصومة في دار فشهد شاهد أن قد قضى بها لهذا على هذا وآخر أن لِلآخر بمثله إن كانت الدار في أيديهما يقضي بهما؛ لأنه ليست إحدى البينتين بأولى من الأخرى فتعارضتا فتساقطتا ويترك الدار في أيديهما وإن كانت في يد أحدهما يقضي له، وإن كانت في يد أجنبي لم يرض بحكمه تترك في يده؛ لأن حكم الحكم لا ينفذ على غير المتحاكمين.

(باب كتاب القاضي إلى القاضي)

يحتاج إلى: تفسير كتاب القاضي إلى القاضي، وإلى شرائط قبوله، وإلى ما يفعل المكتوب إليه بعد وصوله إليه، وإلى ما يجوز فيه كتاب القاضي وما لا يجوز فيه.

أما تفسيره: وهو ما إذا تقدم رجل إلى القاضي فسأله أن يقبل بينته على حق على رجل في بلد آخر ليكتب له كتابًا إلى قاضي ذلك البلد، فالقاضي يسمع من

شهوده على حقه الذي يدعي؛ لأن الحاجة ماسة إلى هذا، فإن الإنسان قد يبعد عليه الجمع بينه وبين خصمه والشهود في مجلس القاضي، فكان فيه حاجة ماسة إلى تجويز كتاب القاضي إلى القاضي كما في الشهادة على الشهادة جعلت حجة لمكان مساس الحاجة.

وذكر الخصاف: ويجوز للقاضي يكتب كتابا عند سطر الشهادة أو نصف سطرها بأن أقام رجل عند القاضي شاهدًا واحدًا يحق له قبل رجل أو شهدت له امرأة أو شهادة على شهادة؛ لأن القاضي إنما يكتب عند كمال الحجة لأجل الضرورة وهو بعد الجمع بين خصمه وبين شهوده هذه الضرورة هنا موجودة؛ لأن الإنسان ربما يكون بعض شهوده في هذه البلدة وبعضهم في بلدة أخرى فيجوز الكتاب لأجل الحاجة.

ولو كان القاضي علم شيئًا من إقرار رجل لرجل بحق ما خلا الحدود والقصاص فسأله صاحب الحق أن يكتب له بذلك إلى قاضي بلد آخر والمطلوب هناك اختلف المشايخ فيه:

قيل: إن كان علم به حالة القضاء يكتب؛ لأنه يمكنه القضاء بهذا العلم فلأن يمكنه الكتاب كان أولى، وإن كان علم قبل القضاء عند أبي حنيفة لا يكتب كما لا يقضي وعندهما يكتب كما يقضي.

وقيل: القاضي يكتب في الوجهين جميعًا في قولهم جميعًا، والصحيح هو الأول؛ لأن علمه قبل القضاء شهادة والشاهد لا تقبل شهادته بالكتاب إلى القاضي.

وإذا أراد القاضي أن يكتب إلى قاض آخر يكتب في الكتاب اسم المدعي واسم أبيه واسم جده وحليته ونسبه إلى قبيلته وفخذه أو إلى صناعته إن لم يكن من العرب وكذلك يكتب اسم المدعى عليه؛ لأن التعريف يقع بذكر هذه الأشياء؛ لأنه قلَّ ما يتفق في هذه الثلاثة أشياء، فإن ذكر اسمه واسم أبيه وجده وترك ما سوى ذلك كفاه وإن ذكر اسمه واسم أبيه ولم يذكر اسم جده أو نسبه إلى قبيلته أو إلى صناعته لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف، فإن كان في الفخذ رجلان بذلك الاسم والنسبة والتجارة لم يصح؛ لأن التعريف لم يصح؛ لأن الشركة لم تنقطع بينه وبين غيره.

فإن أقام المدعى عليه بينة أن في القبيلة رجل آخر بهذا الاسم والنسبة، فإن كان حيًا لا يقضي؛ لأن النائب بالبينة العادلة كالنائب بالمعاينة، وإن كان ميتا فإنه ينظر إن كان ميتا قبل شهادة الشهود وكتاب القاضي صح الكتاب؛ لأن التعريف يحصل بهذا؛ لأنه ذكر اسم فلان مطلقًا، ومطلق الاسم ينصرف إلى الحي دون الميت وكأنهم ذكروا في الشهادة فلان بن فلان الحي فيتعين الحي مطلوبا، وإن كان حيا وقت الكتابة؛ لأن مطلق الاسم يتناولهما فيبقى الاشتباه ثم إن شاء كتب أسامي الشهود الذين شهدوا عنده وأنسابهم وحلاهم ومواضعهم، وإن شاء اكتفى بقوله شهد بذلك عندي شهود عدول عرفتهم وأثبت معرفتهم. كما في القاضي إذا كتب السجل إن شاء أظهر فيه أسماء الشهود وأنسابهم، وإن شاء أخفى واكتفى بقوله بعدما ثبت عندي شهادة شهود عدول كذا هذا ثم إذا كتب أسماء الشهود كتب فيه عدالتهم إن عرفهم بالعدالة، وإن لم يعرفهم سأل عنهم، فإذا عدلوا كتب أنه قد سأل عنهم فعدلوا عنده وعرفوا بخير وحمد؛ لأن القاضي المكتوب إليه يحتاج إلى أن يقضي، وإنما يمكنه القضاء إذا ظهرت عدالة الشهود، فإن لم يكتب عدالة الشهود لا بأس به؛ لأن القاضي المكتوب إليه يفحص عن حالة الشهود الذين شهدوا عند القاضي الكاتب بحق فمتى ظهرت عدالتهم يخبر صدق حينئذ يقضي، وإذا كتب الكتاب يقرأ على الشهود الذين أشهدهم على الكتاب؛ لأن معرفة ما في الكتاب شرط عندهما خلافًا لأبي يوسف ويختم الكتاب بحضرتهم؛ لأنه لو لم يختم بحضرتهم يتوهم التبديل والتغيير ويشهدهم أن هذا كتابه إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا وهذا خاتمه عليه حتى لا يشتبه على الشهود حال المكتوب إليه.

وأما شرائط قبوله: فأشياء أحدها: أنه لا يقبل القاضي المكتوب إليه حتى تقوم عليه البينة أنه كتاب القاضي خلافًا للشعبي؛ لأن كتاب القاضي حجة ملزمة، فإنه يجب عليه العمل به، والحجة لا تكون ملزمة إلا ببينة مظهرة مبينة بخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسول المزكي إلى القاضي؛ لأن القضاء إنما يقع بشهادة الشهود المعدلة لا بالتعديل والتزكية، وبخلاف كتاب أهل الحرب بالاستئمار إلى أمير المسلمين يعتبر بغير بينة؛ لأنه غير ملزم؛ لأن الأمير مخير إن شاء أعطاه الأمان، وإن شاء لم يعطه.

والثاني: أن يقرأ الكتاب عليهم أو يخبرهم بما فيه حتى لو شهدوا أنه كتاب القاضي وخاتمه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما، وعند أبي يوسف تقبل؛ لأن المشهود به الكتاب والختم والكتاب والختم معلومان بالإشارة، وما فيه معلوم بالكتابة فكان المشهود به معلومًا، وتوهم التبديل والتغيير من المدعي منتف بسبب ختم القاضي.

لهما: أن التبديل والتغيير موهوم مع ختم القاضي متى كان الكتاب في يد المدعي؛ لأن الختم قد يشبه الختم ويتصور تصور به فيمنع قبول الشهادة إذا لم يشهدوا بما فيه كما لو شهدوا بمال في صك على رجل ولم يشهدوا بما فيه لم يقبل لتوهم التبديل والتغيير بما في ضمنه.

والثالث: أن يختم الكتاب بحضرتهم ولا يقبل إذا كان غير مختوم، وقيل عند أبي يوسف يقبل، والصحيح أنه لا يقبل بالاتفاق؛ لأن الكتاب إذا لم يكن مختومًا يتوهم فيه التبديل والتغيير؛ لأنه في يد المدعي ولأنه إذا كان غير مختوم فهو بمنزلة الصك، وعلم الشهود ما في الصك شرط لصحة الشهادة فكذا علمهم بما في الكتاب شرط لصحة الشهادة.

فأما إذا كان مختوما فعلم الشهود بما في الكتاب ليس بشرط عند أبي يوسف لما مر، وذكر الخصاف: لو انكسر خاتم القاضي الذي على الكتاب يقبل به بالإجماع؛ لأن هذا مما يبتلى به الناس.

والرابع: أن يكون عليه عنوان بأن كتب هذا الكتاب من فلان بن فلان بن فلان إلى فلان بن فلان بن فلان قاضي بلد كذا حتى لو كتب اسم المكتوب إليه لا غير أو اسمه واسم أبيه لا غير أو كتب: هذا من فلان بن فلان إلى من وصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم يصح بالإجماع.

له: أن ذكر الاسم والنسبة إنما يشترط للإعلام والتعريف، والقاضي في كل بلد مشهور معروف فتقع الغنية في حقه عن ذكر الاسم والنسبة، ألا ترى أن أبا حنيفة وابن أبي ليلى لما صارا مشهورين وقع الاستغناء في حقهما لتعريفهما وإعلامهما وكذا هذا.

لهما: أن إعلام القاضي المكتوب إليه وتعريفه شرط، وإنما يصير معلومًا ومعرفًا

بالاسم والنسبة ولم يوجد بخلاف ما إذا سمى المكتوب إليه فلان بن فلان ثم قال: وإلى كل من يصل إليه؛ لأن الأول قد صار معلومًا بذكر الاسم والنسبة وما وراءه تبع له فأمكن إلحاقه به.

والخامس: أن يكون داخل الكتاب اسم القاضي الكاتب، والمكتوب إليه واسم أبيهما على عنوان الكتاب حتى لو لم يكن داخل الكتاب اسمهما، وإن كان على عنوانه لم يقبله عندهما خلافًا لأبي يوسف؛ لأن العنوان إذا كان على ظاهر الكتاب دون باطنه فليس تحت ختم القاضي، وما ليس تحت ختم القاضي يتوهم فيه التبديل والتغيير فلا يعتبر كأصل الحادثة إذا لم يكن مختوما بخاتمه قالوا وهذا في زمانهم.

فأما في زماننا فالرسم قد يعبر وصار العنوان على الظاهر دون الباطن معمول به في زماننا والأحوط ما قاله محمد، وإن كان فيه اسمهما واسم أبيهما ولم ينسبهما إلى الجد يقبله بخلاف الشهود؛ لأن في القاضي وجد ما يقوم مقام النسبة إلى الجد وهو كونه قاضيا فقامت النسبة إلى القضاء مقام النسبة إلى الجد كما في الشهود قامت نسبتهم إلى الحرفة والتجارة التي يعرف بها مقام النسبة إلى الجد، فإن كان فيه كتابهما ولم يكن فيه أسماء أبيهما لا تقبل إلا أن يكون كنيته معروفة كأبي حنيفة أو أسماء مشهورة كابن أبي ليلى؛ لأن التعريف هذا يقع ويقبل كتاب القاضي إلى الأمير الذي استعمله في مصره ذلك أصلح الله الأمير. ويقتصر على ذلك إن كان في مصر آخر لم يقبله حتى يكتب الأسماء والنسبة والختم والشهادة؛ لأن هذا كتاب القاضي فيشترط فيه الأسماء والنسبة والختم والشهادة كما لو جاء من مصر آخر.

وجه الاستحسان: أن العادة جارية أن القاضي يكتب إلى الوالي ويستعين به فيما يعجز عن إقامته بنفسه في كل وقت.

ولو شرطنا الشهادة والختم يقع الناس في الحرج؛ لأن كل أحد لا يحضر مجلس الأمير فيشهد والأمير لا يمكنه التفحص عن أحوال الشهود أبدًا فيقبل الكتاب للضرورة ولكن هذه العادة في المصر الواحد، فأما في مصرين بأن كان القاضي في مصر والأمير في مصر آخر فلا عادة فيرد إلى ما يقتضيه القياس، فلا يقبل إلا أن يكون مختوما ومعه شاهدان كما في كتاب القاضي.

وأما ما يفعل القاضي المكتوب إليه بالكتاب، فإذا جاء إلى القاضي كتاب قاض آخر ينبغي له القاضي أن يجمع بين الذي جاء بالكتاب وبين خصمه ثم يسأل الذي جاءه ببينة يشهد على أنه كتابه وخاتمه، فإن أقام المدعي بينة على ذلك يسألهم هل من أعلمهم وختم بحضرتهم؟ فإن شهدوا على ذلك قبله ولا يقبل الكتاب إلا بمحضر خصمه؛ لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة. ثم القاضي لا يقبل الشهادة على الشهادة إلا بمحضر الخصم فذلك الكتاب لا يفتحه إلا بمحضر خصمه، فإن فتح بغير محضر خصمه جاز؛ لأن القضاء إنما يقع بالشهادة بالكتاب وبما فيه لا بالفتح، لكن الفتح سبب لإمكان القضاء فكان بمنزلة أداء الشهادة من وجه لم يحرمه بعد قراءته ويختمه ويكتب عليه اسم صاحبه؛ لأن هذا الكتاب صار حجة للمدعي فكان بمنزلة السجلات والمحاضر.

ولو مات القاضي الكاتب أو عزل قبل أن يصل الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه أو بعد الوصول قبل القراءة لم يقض به.

وقال أبي يوسف في (**الأمالي**): يقضي به، وهو قول الشافعي.

ولو وصل إليه ثم مات أو عزل قضى به بالإجماع.

له: أن القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد على الشهادة؛ لأنه ناقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق إلى القاضي المكتوب إليه، ونقل الشهادة منه قد تم حين كتب فكان بمنزلة شهود الفروع إذا شهدوا ثم ماتوا قبل القضاء يقبل فكذا هذا.

لهما: أن هذا بمنزلة الشهادة على الشهادة، وبمنزلة أداء الشهادة قبل وصول الكتاب والقراءة لم يتم؛ لأن النقل والتحويل لم يتم، ولهذا لم يجب عليه القضاء؛ لأنه لم يثبت بالكتابة كلام القاضي، وإنما يثبت كلام الرعية فصار كموت الشاهد قبل أداء الشهادة وبعد وصول الكتاب والقراءة، ثم أداء الشهادة حتى وجب عليه القضاء فصار كموت الشاهد بعد أداء الشهادة.

وإن عمي القاضي الكاتب أو فسق أو ارتد أو صار في حال لا يجوز حكمه بعد وصول الكتاب قبل القضاء به لا ينفذه عندهما، وعند أبي يوسف ينفذه هنا على أنه لو عمي شاهد الفرع بعدما شهد قبل القضاء بشهادته كان على هذا الاختلاف فكذا هذا.

ولو مات القاضي المكتوب إليه قبل القضاء وجلس قاض آخر مكانه لم يقض به خلافًا للشافعي؛ لأنه كتب إلى غيره؛ لأن التعيين قد صح منه لأن القضاة يتعاونون في مراعاة الأمانات لأنهم غير معصومين عن الجناية فهم كالأمناء لأرباب الأموال والتعيين معتبر لأرباب الأموال فكذلك في القضاة، وإذا صح التعيين لم يضر القاضي المحدث مكتوبا إليه وغير المكتوب إليه لا يملك القضاء بخلاف ما لو قال إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين؛ لأنه رضي بأمانة الكل فالكل صار مكتوبا إليه، ولا يقبل القاضي رسالة من قاض آخر، ولو قامت عليها بينة فرق بين الرسالة والكتاب والعرف أن الكتاب من القاضي جعل كالخطاب للقاضي المكتوب إليه بالمشافهة والكتاب صدر منه من موضع القضاء فكان الخطاب صادرًا وواردًا منه من موضع القضاء فصح.

فأما الرسول ينقل عبارة المرسل وخطابه، فالنقل يقتصر على هذا الموضع فثبت خطاب المرسل في هذا الموضع، والمرسل في هذا الموضع ليس بقاضٍ وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعية، ونظير هذا ما رُوي عن محمد أنه قال في مصر فيه قاضيان في كل جانب منه قاض فكتب أحدهما إلى الآخر كتابًا يقبل كتابه، ولو أتى أحدهما إلى صاحبه وأخبره الكاتب خاطبه في موضع القضاء، وفي الوجه الثاني خاطبه في غير موضع القضاء كذا هذا، وكذلك لو أن القاضيين التقيا في عمل أحدهما أو في مصر ليس من عملهما فقال له: قد ثبت عندي لفلان بن فلان كذا وكذا على فلان فاعمل به لم يقبل ذلك ولم ينفذه؛ لأن الخطاب أو السماع وجد في موضع لا ينفذ فيه قضاؤه فصار كخطاب وسماع غير القاضي، فلا يجوز أن يعتمده في القضاء به بخلاف كتاب القاضي إلى القاضي؛ لأن خطاب الكاتب إنما وجد في موضع ينفذ فيه كلامه وقضاؤه وثبت ذلك عند المكتوب إليه في موضع ينفذ فيه قضاؤه، وهكذا ذكر الكرخي أنه يجوز كتاب القاضي إلى القاضي، وإن كانا في مصر واحد. ولا يقبل كتاب قاضي رستاق إلى قرية إلا قاضي مدينة فيها مئين وجماعة أو كتاب الأمير الذي استعمل ذلك القاضي؛ لأن قاضي رستاق ليس بقاضٍ وما يفعل يفعل على سبيل الصلح لا على سبيل

القضاء، فإن قضاءه لا ينفذ وكتاب غير القاضي لا يقبل وهذه يدل على أن المصر شرط لنفوذ القضاء.

ولو كان رأي القاضي الكاتب مخالفًا لرأي القاضي المكتوب إليه قضى المكتوب إليه برأي نفسه إلا أن يكون الأول قضاؤه فيمضيه الثاني؛ لأن القاضي الأول لم يقض تعديل حل محل الشاهد على الشهادة، ولو كان كذلك فإنه يتبع القاضي رأي نفسه. فرق بين الكتاب وبين السجل، فإنه إذا ورد على قاضٍ سجل من قاض آخر وهو لا يرى ذلك، وهو مما اختلف فيه العلماء، فإنه ينفذه والفرق أن السجل لا يكون إلا بعد القضاء والقضاء صادف محل الاجتهاد فينفذ فلا يكون لآخر أن يبطله.

فأما الكتاب يكون قبل القضاء قائما هو بمنزلة الشهادة فكان للقاضي المكتوب إليه أن يبطله برأي نفسه، ولو سأل من المكتوب إليه كتابًا إلى قاضٍ آخر الذي انتهى إليه كتب له؛ لأن هذا القاضي صار كالقاضي الأول؛ لأن الشهادة الواقعة عند الأول صارت منقولة إلى المكتوب إليه حكمًا فصار كما لو شهدوا عنده حقيقة وطلب المدعي منه أن يكتب له كتابًا، فإنه يجيبه فكذا هذا وذلك؛ لأن كتاب الأول إنما صح لحاجته إلى إحياء حقه وهذه الحاجة ماسة في حق القاضي الثاني والثالث، وإذا كتب نسخ في كتابه كتاب القاضي الأول الذي كتبه إليه، وإن شاء حكاه له في كتابه إليه؛ لأنه يمكنه نقل ما ثبت عنده كالأول.

ولو كتب القاضي له كتابا ولم يدفعه إليه حتى جاء خصمه لم يدفعه إليه ولم يقض له حتى يقيم البينة عليه؛ لأنه سمع البينة على خصم غائب فلا يجوز القضاء به.

وأما ما يقبل فيه كتاب القاضي وما لا يقبل: ولا يقبل كتاب القاضي في الحدود والقصاص؛ لأنه بمنزلة الشهادة على الشهادة والحدود والقصاص لا تثبت بالشهادة على الشهادة فكذا بكتاب القاضي، ويقبل فيما لا ينقل ولا يحول كالدور والعقار والنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحوها؛ لأن هذه الأشياء مما لا تنقل فلا حاجة إلى إحضار المدعى به والإشارة إليه، ولا يقبل فيما ينقل ويحول كالعبد والأمة والدابة والعروض عندهما، وعند أبي يوسف آخرًا يقبل في العبد دون الأمة

وغيرها؛ لأن الإباق يكثر من العبد؛ لأنه يخدم خارج البيت فيقدر على الإباق غالبًا فتمس الحاجة إلى الكتاب؛ لأنه ربما لا يكون للمولى شهود في البلدة التي فيها العبد وشهوده لا يذهبون ثمة فلو لم يجز الكتاب أدى إلى إبطال حقوق الناس، فأما الإباق من الجارية لا يكثر فلا يمس الحاجة إلى الكتاب.

لهما: أنه يمكن توهم الشركة والجهالة في المقضي به وهو العبد؛ لأنه ربما يشاركه غيره في الاسم والصفة والحلية وفي المقضي عليه وهو الذي في يده العبد وقطع هذه الجهالة ممكن بالإحضار والإشارة إليهما فيجب إحضارهما مجلس الحكم حتى تنقطع الشركة بالإشارة فيرجح جانب الجهالة فمبعث حوار الكتاب كما في الأمة والدواب والعروض والقياس لا يترك بمطلق الحاجة، وإنما يترك لضرورة ماسة كما في إباحة الميتة وليس هنا ضرورة ماسة؛ لأنه يمكنه أن يحمل شهوده إلى تلك البلدة أو تشهيد الشهود على شهادتهم حتى يحيي حقه. وصورة الكتاب في العبد الآبق أنه إذا أقام مولاه بينة عند الحاكم في مصره أنه كان له عبد فأبق وقد أخذه فلان كتب له القاضي كتابًا إلى قاضي المصر الذي فيه الآخذ إنهم شهدوا عنده أن عندي له مبارك الهندي حليته كذا وقامته كذا ملكه وأنه أبق منه، فإذا ورد هذا الكتاب على القاضي المكتوب إليه أحضر العبد مع الذي في يده ثم فك الكتاب فنظر الغلام والكتاب، فإن وافق حلية الغلام ما في الكتاب ختم ذلك ويجعل في عنق العبد من رصاص حتى لا يتعرض له أحد في الطريق بدعوى السرقة وغيره، ويقع الأمن عن التبديل والتغيير ويأخذ منه كفيلًا ويدفع إليه العبد فيذهب إلى حاكم مصره، فإن شهد شهوده أنه عبده قضى له وكتب إلى ذلك الحاكم ليبرئ كفيله، وينبني على هذا كتاب القاضي في نسب الابن لا يقبل عندهما خلافًا لأبي يوسف.

وصورته: رجل وامرأة ادعيا ابنًا أو بنتًا وقالا هو معروف النسب منا وهو في يد فلان بن فلان الفلاني في بلد كذا قد استرقه ولأن نقيم البينة على ذلك عنده ويأخذ كتابه بذلك إلى قاضي ذلك البلد لا يكتب لهما عندهما خلافًا لأبي يوسف.

وكذلك الزوج يدعي المرأة فعلى هذا فرق بين هذا أو بين ما إذا ادعى النسب

على الأب، فإن قال فلان بن فلان أبي وهو في بلد كذا وهو يدفع نسبي ولي بينة هاهنا على أنه أقر لي أني أبيه أو أنه تزوج أمي وأني ولدت منها على فراشه فأقام بينة على ذلك وسأل كتابه يكتب له بذلك بالإجماع، والفرق أن ثمة المقصود من ثبات النسب ليس هو انتزاع الولد منه فلم يكن المشهود به شيئًا نقليًا فيجوز فيه كتاب القاضي إلى القاضي كما في الدين، وهنا المقصود من إثبات النسب انتزاع الولد من يده فكان المشهود به شيئًا ينقل من حجر إلى حجر وفيما ينقل لا يقبل كتاب القاضي، وهذا الاختلاف في حالة الحياة، فأما بعد الوفاة يكتب لكل واحد يستحق نسبًا أو ميراثًا أو تزويجًا بالإجماع؛ لأن بعد الوفاة المقصود إثبات المال، فإنه دين، وفي الدين يكتب القاضي بالإجماع رجل قال للقاضي كان لفلان بن فلان الفلاني علي كذا كذا درهمًا وقد دفعتها إليه وأبرأني منها أو وهبها لي وهو في بلد كذا فأخاف أن أصير إلى ذلك البلد فيأخذني بهذا المال ولي شهود هنا فاسمع منهم واكتب لي إلى ذلك القاضي، فإنه لا يسمع من شهوده ولا يكتب له عند أبي يوسف، وعند محمد يكتب له.

ولو قال: جحدني الاستيفاء وخاصمني مرة أخرى حتى يستوفي الحق مرتين فأراد إقامة البينة على أنه أوفاه ليكتب الكتاب إلى ذلك القاضي، فإنه يسمع من شهوده ويكتب له.

لمحمد: أن كتاب القاضي إنما جعل حجة لمكان الحاجة والحاجة هنا متحققة فوجب أن تجعل حجة كما في تلك المسألة.

لأبي يوسف: أن القاضي إنما يكتب الكتاب في خصومة توجهت إليه؛ لأنه نُصِبَ لفصل الخصومات لا لإنشائها، وهنا لم تتوجه إليه الخصومة بل هي موهومة، ولو كتب كان تهييجًا للخصومة وليس له تهييج الخصومة، وفي تلك المسألة الخصومة توجهت إليه، ألا ترى لو قال للقاضي: قد كان لهذا عليّ ألف درهم قد قبضها مني ولي بينة بقبضه ذلك مني فاسأله عن ذلك، فإن أنكر أحضر شهودي، فإنه لا يسأله عن ذلك بالإجماع لما قلنا، فيكون هذا حجة لأبي يوسف على محمد.

ولو قالت امرأة للقاضي: إن زوجي طلقني ثلاثًا وتزوجت بزوج آخر بعد العدة

وإني أخاف أن ينكر الطلاق طلبت من القاضي أن يسأله حتى إذا أنكر أقامت عليه البينة يسأله القاضي بالاتفاق فيكون هذا حجة لمحمد على أبي يوسف.

(باب العدوى والإعداء)

ذكر الخصاف: قال أبو يوسف: رجل ادعى على رجل دعوى وأراد عليه عدوى وهو في المصر والقاضي لا يعلم أمحق أم مبطل؟ فإنه يعديه عليه ويبعث من يحضره استحسانًا، والقياس أن لا يعديه لمجرد الدعوى؛ لأن الدعوى خبر محتمل والمحتمل لا يكون حجة فلا يثبت به ولاية الإعداء.

وجه الاستحسان: أن ترك القياس بالآثار المشهورة جائز، وقد جاءت الآثار عن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم أنهم فعلوا ذلك من غير نكير، وقد قال عليه السلام: "**إن الله تعالى لا يجمع أمتي على الضلالة**"(١).

ورُوي أن رجلًا من أراس قدم مكة بإبل فباعها من أبي جهل لعنه الله فمطله فقام في المسجد فقال: يا معشر قريش؛ إني رجل غريب ابن سبيل وإني بعت إبلًا من أبي جهل فمطلني وظلمني، فمن رجل يعديني عليه ويأخذ لي بحقي، ورسول الله صلى الله عليه وسلم في المسجد جالس، فقال: ذلك الرجل يعديك عليه، فانطلق إليه فذكر له ذلك، فقام معه وبعث قريش في أثرهما رجلا، وإنما فعلوا ذلك استهزاء لما قد علموا ما بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين أبي جهل عليه اللعنة من العداوة، فأتى الباب فضربه فقيل: من هذا؟ فقال: محمد، فخرج أبو جهل وما في وجهه رائحة من الذعر أي من الخوف فقال: أعط هذا حقه، فقال: نعم، فدخل فأخرج حقه فأعطاه إياه، فجاء الرسول فأخبرهم، وجاء الرجل فوقف عليهم، وجاء الرجل فقال: جزاه الله خيرًا فقد أخذ لي حقي، فلم يتفرقوا إلى أن جاء أبو جهل عليه اللعنة فقالوا: ويلك ما صنعت؟ فقال: والله ما هو إلّا أن ضرب على الباب فقال: محمد. فذهب فؤادي فخرجت وإن معه لفحلًا ما رأيت مثل هامته

(١) أخرجه أحمد ٦/٣٩٦ (٢٧٧٦٦) قال: حدثنا يونس، قال: حدثنا ليث، عن أبي وهب الخولاني، عن رجل قد سماه، فذكره.

وأنيابه لفحل عظيم قط إن كاد لآكلي لو امتنعت، فوالله ما ملكت نفسي إلا أن أعطيته حقه.

في الحديث بيان جواز الإعداء لمجرد الدعوى، ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام بنفسه بمجرد الدعوى، إلا أن اليوم القاضي لا يقوم بنفسه لكثرة الخصوم أو لما فيه من الاستخفاف به، وإن كان الخصم خارج المصر قالوا: إن كان قريبا من المصر بحيث لو أنكر من أهله أمكنه أن يحضر مجلس القاضي ويجيب ويثبت في منزله لا يعديه ثم كيف يصنع القاضي قيل يأمر المدعي بإقامة البينة إن له عليه حقًّا ولا تكون هذه البينة لأجل القضاء، بل لأجل الإحضار كما في كتاب القاضي إلى القاضي، فإذا أقام البينة أمر إنسانًا أن يحضر خصمه، فإذا أحضره أمر المدعي بإعادة البينة، فإذا أعاد البينة العادلة قضى بها عليه وقيل يحلفه القاضي، فإن نكل أمامه من مجلس الحكم وإن حلف أمر إنسانا أن يحضر خصمه والأول أصح وعليه أكثر القضاة.

وذكر الخصاف: أن القاضي يدفع خاتمه لإحضار الخصم إذا كان في المصر ويبعث من يحضره إذا كان خارج المصر، والقضاة على عكس هذا، فإنهم يبعثون الراجل في المصر ويدفعون العلامة خارج المصر، وبعض القضاة مختارون في العلامة دفع الخاتم، وبعضهم دفع الطينة، وبعضهم دفع قطعة القرطاس، وهذا لأن الخصم ربما يكون بعيدًا عن الخصم فالمدعي يلحقه مؤنة الراجل ويريد أن يتحمل تلك المؤنة بنفسه فلا يلزمه شيء، فقلنا بأن القاضي يبذل له علامة ليذهب به فيريه خصمه ويُشهد على ذلك، فإن أجاب الخصم وحضر مجلس الحكم وإلا بعث القاضي إليه من يحضره.

ومؤنة الشخص على من تكون؟ اختلفوا فيه:

قيل: تكون على بيت المال.

وقيل: تكون على المتمرد، وهو الصحيح؛ لأنه لما تمرد فقد تحقق منه سبب وجوب ذلك الحق كالسارق إذا قطع؛ لأن ثمن الدهن الذي يحسم به عروقه يكون عليه كذا هذا.

وإذا امتنع الخصم من الخصومة عزّره؛ لأنه أساء الأدب فيما صنع فاستوجب التعزير، فيعزره القاضي إما بالضرب أو بالصفع أو بالحبس على قدر ما يرى أو يعبّس وجهه.

وكذلك إذا سلب ولم يقل إني أحضر أو لا أحضر، إلا أنه لم يحضر معه في الوقت الذي وقت له؛ لأن السكوت في موضع الجواب يكون امتناعًا عما دعي إليه. [والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب](١).

(باب ما ينبغي للقاضي أن يضعه على يدي عدل أو لا يضعه إذا خوصم فيه)

الأصل فيه أن كل ما كان حق الله تعالى يثبت فيه الحيلولة، وما لم يكن حق الله تعالى لا يجب فيه الحيلولة، إلا أن يسأل المدعي فالعلامة الفاصلة بين حق الله تعالى وبين حق العبد، وهو إن أقام المدعي البينة ثم ترك لا يترك فهو حق الله تعالى، وإذا ترك المدعي يترك فهو حق العبد.

ثم مسائله على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يجب فيه الحيلولة مطلقًا، وهو الفروج.

والثاني: ما لا يجب فيه الحيلولة إلا إذا كان صاحب اليد متهما، وهو المنقول.

والثالث: ما لا يجب فيه الحيلولة أصلًا، وهو العقار.

أما القسم الأول: فهو على ثلاثة أوجه:

ادعى جارية في يدي رجل لو ادعت الأمة أنها حرة الأصل أو أنه أعتقها مولاها وهو على ثلاثة أوجه: إما أن لم يقم الشهود، أو أقام شاهدًا واحدًا، أو أقام شاهدين مستورين، فإن لم يقم بينة وسأل القاضي الحيلولة إلى أن يحضر شهوده لا يجيبه القاضي إلى ذلك؛ لأن مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق في حق المدعى عليه فلا تثبت به الحيلولة كما في الحيلولة من إزالة يد المدعى عليه من غير سبب

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

الاستحقاق فلا يجوز، وإن أقام على ذلك شاهدًا واحدًا ينظر إن قال لا شاهد لي سوى هذا الشاهد لا يحول بينهما وبين ذي اليد؛ لأنه لا فائدة في الحيلولة إلى المجلس الثاني؛ لأنه لا يمكنه أن يقضي بشاهد واحد فكان في الحيلولة إزالة يد المدعى عليه وتعطيل ملكه من غير سبب الاستحقاق، فإن قال لي شاهد آخر في المصر آتي به في المجلس الثاني لا يحول بينهما قياسًا؛ لأن شطر الحجة لا يكون حجة فصار وجوده وعدمه بمنزلة فبقي مجرد المدعي بلا حجة ويجوز استحسانا إذا كان الشاهد عدلًا؛ لأن قول الواحد العدل حجة في باب الديّات حقًّا لله تعالى، والحل والحرمة حق الله تعالى فجاز أن يجب به الحيلولة إلى المجلس الثاني لأنه مفيد.

وإن أقام شاهدين مستورين ينبغي للقاضي أن يضع الجارية على يدي امرأةٍ ثقةٍ مأمونةٍ تحفظها حتى يسأل عن الشهود فلا يتركها في يد ذي اليد؛ لأن شهادة المستور حجّة للاستحقاق، ألا ترى أن القاضي لو قضى بهذه الشهادة يجوز فقد ظهر سبب الاستحقاق.

ولو تركت الجارية في يديه ربما يطأها؛ لأنه يزعم أنها له ويستحل وطئها فيكون القاضي ممكنًا له من ارتكاب الحرام وسواء فيه كان المدعى عليه عدلًا أو غير عدل؛ لأن العدل إنما يحترز عن ارتكاب ما يعتقده حراما في دينه، والمدعى عليه يعتقده حلالًا فلا يمتنع من وطئها ولا يضعها على يدي ثقة بدون سؤال المدعي؛ لأن الحق في هذا للمدعي، ألا ترى أنه لو ترك الخصومة بعد إقامة البينة تترك.

وإن كانت الأمة في يد امرأة ادعاها رجل لا يضعها على يدي عدل وإن سأل؛ لأن القاضي لا يخاف وقوع الوطء الحرام.

وكذلك رجل ادعى على أيم نكاحا فالقاضي يكلفها ولا يضعها على يدي عدل لأنها حرة مالكة نفسها لا يخاف منها الوطء الحرام، وكذلك لو كانت جارية بكرًا في منزل أبيها فالقاضي لا يعزلها؛ لأنه لا تهمة فيه، وإنما يعزل التي مع الرجل يطأها.

ولو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها ثلاثًا فأقامت على ذلك بينة والزوج ينكر

فالقاضي لا يخرجها من بيت الزوج، لكن يجعل معها امرأة موثوقة أمينة يحفظها ويمنع زوجها منها حتى يسأل عن شهودها، وفي الأمة يخرجها من بيت المولى فيضعها على يدي عدل فهما يفترقان في ذلك الحكم، والفرق أن شهود المرأة إن كانت كاذبة كانت منكوحته، وإن كانت صادقة كانت معتدة والمنكوحة لا تخرج من بيت الزوج والمعتدة لا تخرج من بيت العدة، فأما شهود الأمة إن كانت كاذبة كانت أمة وللأمة أن تخرج من البيت، وإن كانت صادقة كانت حرة وللحرة أن تخرج أيضًا، فإن عدلت البينة فرق بينهما؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة، فإن لم يعدل وقالت المرأة لي شهود آخرون أحضرتهم أيضًا فإنها تترك على حالها إلى أن يستبين أمرها؛ لأن بهذه الشهادة يجب ابتداء الحيلولة فلأن يبقى كان أولى.

وكذلك امرأة مع رجل ادعت أنه تزوجها نكاحًا فاسدًا وأقامت بينة على ذلك وهو يزعم أنه تزوجها نكاحًا صحيحًا، فإنه يعزلها ويضعها على يدي رجل عدل.

وكذلك ادعى أمة في يدي رجل وقال: بعتها من ذي اليد بيعا فاسدًا وأقام على ذلك بينة، وقال ذو اليد: اشتريتها شراء صحيحًا، أو قال: هي جاريتي ولم اشترها منه فالقاضي يعزلها؛ لأنه لو زكت البينة كان الوطء حرامًا فالقاضي يخاف وقوع الوطء الحرام قيل إنما يعزلها في دعوى الشراء مخافة الوطء المكروه؛ لأن وطء المشتري شراءً فاسدًا يكون مكروهًا لا حرامًا.

وأما **القسم الثاني**: وهو ما إذا ادعى غلامًا في يد رجل أو دابَّة أو عرضًا أو منقولًا وأقام على ذلك بينة وسأل القاضي أن يضعه على يدي عدل لا يفعل؛ لأن اليد مقصود في العين كما أن الملك مقصود، ثم لا يجوز استحقاق الملك بالبينة قبل ظهور العدالة فلا يجوز أيضًا استحقاق اليد بالبينة قبل ظهور العدالة، وفي التزويج أمر بالحيلولة احتياطا للحرمة وقد انعدم هذا المعنى هنا فلا يخرج العين من يده لكن يأخذ منه كفيلًا بنفسه وبالمدعي حتى لا يعبث ولا تغيب العين، وإن كان المدعى عليه فاسقًا أو متلافًا مخوفا على ما في يده أن يتلفه أو يعيبه، فإنه يضعه على يدي عدل؛ لأنه لا يؤمن من أن يتلفه تعنتًا فالقاضي يخرجه من يده على سبيل التعنت.

وأما القسم الثالث: لو ادعى عقارًا في يدي رجل وأقام بينة لا يأمره القاضي بالوضع على يدي رجل عدل ولا بالكفيل به؛ لأنه لا يمكن تعيينه إلا أن يكون أرضًا فيها شجر مثمر فيوضع على يدي عدل ولا بالكفيل به؛ لأنه يبقى على استهلاكه؛ لأن الثمر نقلي والنقلي مهيؤٌ للاستهلاك من المطلوب فيوضع على يدي عدل.

وكذلك جارية في يدي رجل ادعى رجل نصفها أنها ملكه فأقام على ذلك بينة فالقاضي لا يخرجها من يد ذي اليد؛ لأنه لو ثبتت الشركة فيها بالبينة فالقاضي لا يزيلها عن يده لكن يأمرها بالتهايؤ فقبل ظهور الشركة أولى أن لا يزيل يده عنها.

وكذلك لو كانت جارية بين رجلين فقال أحدهما للقاضي إن شريكي ليس بمؤتمن أخاف منه بأن يواقع هذه الجارية لا يضعها على يدي عدل، وكذلك لو قالت امرأة للقاضي لست آمن على نفسي من زوجي أن يقربني في الحيض فضعني على يدي رجل كلما حضت لا يضعها. رجلان تنازعا في جارية وهي في أيديهما وكل واحد منهما يدعيها أنها له وحضرا القاضي فالقاضي يدعها على أيديهما ويقول لكل واحد أقِم البينة على دعواك؛ لأنها متى كانت في أيديهما فكل واحد يمنع صاحبه عن وطئها، وإن تنازعا فيها إلى أن يقيما البينة أمرهما القاضي أن يجتمعا على رجل يضعانها على يديه إلى أن يقوم لهما بينة لكي تنقطع المنازعة، فإن أقام أحدهما بينة على دعواه ولم يقم الآخر وضعها القاضي على يدي عدل إلى أن يسأل عن الشهود، كما لو كانت الجارية كلها في يد أحدهما، وادعى الآخر كلها فأقام على ذلك بينة وضعها القاضي على يدي عدل فكذا هذا.

(باب الحَبْسِ والملازمة)

نحتاج إلى معرفة: مشروعية الحبس، وسببه، وكيفيته، ومتى نحبس، ومن يُحْبَس، ومن لا يُحْبَس، ومتى يطلق.

أما مشروعيته: فلقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ﴾ [النساء: ١٥] ورُوي "**أن النبي صلى الله عليه وسلم حَبَسَ رَجُلًا فِي تُهَمَةٍ**"(١).

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٥٣١٣ و١٨٨٩١) قال: أخبرنا معمر، عن بهز بن حكيم بن معاوية. و«أحمد» ٤/٤٤٧ (٢٠٢٦٣) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا حماد بن سلمة، قال: أخبرنا =

ورُوي أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه بنى سجنًا وسُمِّيَ نافعًا فلم يكن حصينًا فانفلت الناس منه، ثم هدم وبنى سجنًا آخر وسماه محبسًا حتى قال فيه شعراؤهم(١):

ألا تراني كَيِّسًا مُكَيَّسا

بَنَيْتُ بعدَ نافِعٍ مُخَيِّسا

حصنًا حَصِينًا وأَمِينًا كَيِّسَا

ولأن المطلوب لما امتنع من إيفاء ما عليه فقد حبس الطالب عن منافع ملكه مع القدرة على إيصاله على منافع ملكه بالإيفاء فوجب أن يحبس المطلوب مجازاة على فعله لتكون عقوبته من جنس جرمه وجنايته كما قال الله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ﴾ [الشورى: ٤٠].

وأما سببه: هو ظهور مماطلته بالامتناع على إيفاء الحق؛ لأنه متى ظهرت مماطلته فقد ظهر ظلمه وحيفه لقوله عليه السلام: "**مَطْلُ**(٢) **الْغَنِيِّ ظُلْمٌ**"(٣) فيجب

=

أبو قزعة، سويد بن حجير الباهلي. وفي ٥/ ٢ (٢٠٢٦٦) و٥/ ٤ (٢٠٢٩٨) قال: حدثنا إسماعيل، قال: أخبرنا بهز بن حكيم. وفي ٥/ ٢ (٢٠٢٦٨) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر، عن بهز بن حكيم بن معاوية. و«أبو داود» (٣٦٣٠) قال: حدثنا إبراهيم بن موسى الرازي، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر، عن بهز بن حكيم. وفي (٣٦٣١) قال: حدثنا محمد بن قدامة، ومؤمل بن هشام، قال ابن قدامة: حدثني إسماعيل، عن بهز بن حكيم. و«الترمذي» (١٤١٧) قال: حدثنا علي بن سعيد الكندي، قال: حدثنا ابن المبارك، عن معمر، عن بهز بن حكيم. و«النسائي» ٨/ ٦٦، وفي «الكبرى» (١/٧٣٢١) قال: أخبرنا عبد الرحمن بن محمد بن سلام، قال: حدثنا أبو أسامة، قال: أخبرني ابن المبارك، عن معمر، عن بهز بن حكيم. وفي ٨/ ٦٧، وفي «الكبرى» (٢/٧٣٢١) قال: أخبرنا علي بن سعيد بن مسروق، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، عن معمر، عن بهز بن حكيم. كلاهما: (بهز بن حكيم، وأبو قزعة) عن حكيم بن معاوية، فذكره.

(١) ينسب للإمام علي بن ابي طالب، وانظر: جمهرة الأمثال ١/ ٧٩.

(٢) الْمَطْل الْمُدَافَعَة، وَالْمُرَاد هُنَا تَأْخِير مَا اسْتُحِقَّ أَدَاؤُهُ بِغَيْرِ عُذْر. فتح الباري (ج٧/ ص١٣١).

(٣) أخرجه «البخاري» ٣/ ١٢٣ (٢٢٨٧) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي (٢٢٨٨) قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ٥/ ٣٤ (٤٠٠٧) قال:

=

حبسه عقوبة عن ظلمه حتى إذا ثبت على المدعى عليه مال إما بإقرار أو ببينة. فالقاضي لا يحبسه ما لم يطلب المدعي حبسه خلافًا لشريح ثم إذا ثبت الحق بإقراره فالقاضي لا يحبسه في أول مرة يقول له أعطه حقه، فإن عاد إليه حبسه وإن ثبت بالبينة يحبسه في أول مرة والفرق أن الحبس إنما يجب باعتبار مماطلة الغني، فإذا أقر لم يظهر مماطلته؛ لأن من حجة المقر أن يقول: ظننت أنك تمهلني، فإن أتيت أوفيتك حقك، أما بالجحود ظهرت مماطلته وظلمه وظهر تمرده.

وأما كيفيته: فلا ينبغي للقاضي أن يضرب محبوسًا في دين ولا غيره ولا يصفد ولا يقيد ولا يغلّ ولا يهد ولا يجرد ولا يقيمه في الشمس؛ لأن العقوبة على المماطلة شرعت بالحبس لا غير؛ لأن المديون إنما حبس حقه لا غير فيجازى بحبسه ليكون جزاؤه من جنس جنايته، فإذا خاف القاضي على المحبوس في السجن أن يفر من حبسه حوّله إلى حبس اللصوص؛ لأن القاضي محتاج إلى حفظه، فإذا كان يخاف منه الفرار من السجن حوّله إلى سجن اللصوص، إلا إذا كان يخاف عليه منهم لما بينه وبين اللصوص [من] عداوة، وعرف أنه لو حوّله إليهم لقصدوه لا يحوَّل؛ لأن فيه إهلاكه.

والمحبوس في السجن لا يمنع من دخول أهله وأقاربه عليه؛ لأنا متى منعنا أهله

=

حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك. و«ابن ماجه» (٢٤٠٣) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٣٣٤٥) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، عن مالك. و«الترمذي» (١٣٠٨) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» ٣١٦/٧، وفي «الكبرى» (٦٢٤١) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا سفيان. وفي ٣١٧/٧، وفي «الكبرى» (٦٢٤٤) قال: حدثنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه، وأنا أسمع، عن ابن القاسم، قال: حدثني مالك. و«أبو يعلى» (٦٢٨٣) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا سفيان. وفي (٦٢٩٨ و٦٣٤٤) قال: حدثنا سويد بن سعيد، عن مالك. و«ابن حبان» (٥٠٥٣ و٥٠٩٠) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

أربعتهم: (مالك بن أنس، وسفيان الثوري، وسفيان بن عيينة، وعبد الرحمن بن إسحاق) عن عبد الله بن ذكوان، أبي الزناد، عن عبد الرحمن بن هرمز الأعرج، فذكره.

وأقاربه من الدخول عليه ليقوموا بحوائجه حال عجزه عن الإقامة بنفسه أدى إلى إتلافه، والحبس لم يشرع للإتلاف، ولأن المقصود من الحبس إيصال ذي الحق إلى حقه وإطلاق أهله في الدخول عليه أبلغ في تحصيل هذا المقصود؛ لأنه يستعين بهم في قضاء ما عليه من الدين.

ويجعل للنساء سجنًا على حدة نفيًا لوقوع الفتنة على ما قيل: باعدوا بين أنفاس النساء والرجال.

ومتى حبسه القاضي يكتب اسمه ونسبه حتى يطالب السجان بتسليم ذلك إليه والتعريف إنما يحصل بالاسم والنسبة؛ ويكتب اسم من يحبس لأجله؛ لأنه لم يكتب ربما يجيء إنسان آخر فيدعي أنه حبسه في دينه ويخرجه ويهرب من القاضي والخصم غيره، ويكتب مقدار الحق عليه؛ لأنه ربما يجيء المحبوس بمال قليل ويقول للقاضي حبسني لهذا القدر من المال، فيدفع إلى القاضي ويهرب ويكتب التاريخ فيكتب حبس فلان بن فلان بكذا وكذا درهمًا يوم كذا من شهر كذا في سنة كذا؛ لأنه ربما يحتاج إلى أن يسمع البينة على إفلاسه، وإنما يسمع بعد مدة فلا بد وأن يعرف هل انقضت تلك المدة، وإنما يعرف بالتاريخ.

وأما متى يحبسه: فإنما يحبسه إذا عرف القاضي يساره من قبل أو وجب الدين بدلًا عما هو بمال كثمن متاع أو بدل قرض حتى يثبت بما دخل في ملكه وزواله محتمل فحينئذ يحبسه؛ لأنه موسر امتنع عن إيفاء ما عليه، وإن اختلفا فزعم الطالب أنه موسر وزعم المطلوب أنه معسر، ذكر الخصاف في أدب القاضي: القول قول المطلوب؛ لأن العسرة أصل في بني آدم، فالمطلوب متمسك بالأصل والطالب يدعي أمرا عارضًا.

وذكر في المبسوط: القول قول الطالب؛ لأنه متمسك بما هو ثابت في الأصل باتفاقهما وهو اليسار متى عرف يساره من قبل أو وجب الدين بدلًا عما هو مال والمطلوب يدعي أمرًا حادثًا وهو هلاك المال فيكون القول لمن تمسك بالأصل.

وأما إذا وجب الدين بدلًا عما ليس بمال كالمهر وبدل الخلع وغيرهما فقال المطلوب: أنا معسر، وقال الطالب: إنه موسر، فالقول قول المطلوب في ظاهر

الرواية، فإنه ذكر في النكاح لو اختلف الزوجان فقال الزوج: أنا معسر وعليَّ نفقة المعسرين وقالت المرأة: لا بل أنت موسر وعليك نفقة الموسرين، فالقول قول الزوج، ونصَّ في العتاق عبد بين شريكين أعتقه أحدهما فقال المعتق: أنا معسر لا سبيل لك علي، وقال الشاكي: إنك موسر ولي أن أضمنك، فالقول قول المعتق.

وذكر في كتاب الكفالة: إذا مات المحتال عليه فقال الطالب: مات مفلسا وعاد الدين إليك، وقال المحيل: مات موسرًا، فالقول قول الطالب.

ورُوي عن أبي حنيفة في (النوادر): والقول قول الطالب؛ لأن دعوى العسار وبه تتأخر المطالبة إلى وقت اليسار بمعنى دعوى الأجل.

ولو ادعى المطلوب الأجل في هذه الديون فأنكر الطالب فالقول قول الطالب فكذا هذا وجه ظاهر الرواية أن المطلوب متمسك بالأصل؛ لأن الفقر والعسر أصل في بني آدم والغنى عارض فكان الطالب مدعيًا أمرا عارضًا والمطلوب متمسك بما هو الأصل فيكون القول له بخلاف دعوى الأجل إلا أنه أجل يثبت من غير شرط والشرط أمر عارض فكان مدعي الأجل مدعيًا عارضًا ودعوى العسار، وإن كان بمعنى دعوى الأجل في الكفالة لما كان يثبت في حق الكفيل من غير شرط كان القول قول مدعي الأجل فكذا هذا.

وأما متى يطلقه: ذكر في الأصل ويسأل عنه بعدما حبسه شهرين، فإن أخبره واحد ثقة اعتباره يخرجه من السجن والاثنان أحوط.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: ما بين أربعة أشهر إلى ستة أشهر.

وذكر الطحاوي شهرًا.

والصحيح أن هذا ليس بقدر لازم في مدة الحبس بل هو موكول إلى رأي القاضي إن شاء سأله قبل مضي شهر إذا وقع في رأيه أن مثل هذا الرجل لا يتحمل مرارة الحبس وشدته لو كان موسرًا، وإن وقع في رأيه أن مثله قد يتحمل ذلك ويكتم المال ولا يظهره يسأله عنه، وإذا ثبت أنه معسر ثبت النظرة إلى الميسرة فلو استدام الحبس كان حيفًا وظلمًا، فإن أخبره عدل أو اثنان بإعساره قبل الحبس فيه روايتان رواية يقبل قوله ولا يحبسه.

وفي رواية الخصاف: لا يقبل ويحبسه، وإليه ذهب عامة مشايخنا وهو الصحيح؛ لأن الخبر لم يشرع حجة لإبطال حقوق العباد والحبس حق الطالب فلا يبطل حقه لمجرد الخبر بدون قرينة الصدق وبعد الحبس انضمت إلى الخبر قرينة الصدق وهو الحبس؛ لأن احتمال مرارة الحبس وشدته وصغاره دلالة ظاهرة على صدق المخبر عن عساره والخبر الفرد قد يلتحق بالشهادة متى انضمت إليه قرينة لها أثر في تحقيق الصدق، ألا ترى إن إقرار اثنين من الورثة على مورثه بالدين جعل بمنزلة الشهادة؛ لأنه انضم إلى الخبر ماله أثر في إيجاب الصدق وهو إقرارهما على أنفسهما إلا أنه شرط العدد في الورثة؛ لأن الحال حال منازعة وهنا لم يشترط العذر لكن النفي متى انضم إلى الخبر قرينة الصدق؛ لأن الحال ليس بحال منازعة، فإن أقام الطالب البينة أنه موسر وأقام المطلوب البينة أنه معسر فالقاضي يقبل بينة الطالب؛ لأن بينته مثبتة وبينة المطلوب نافية والتبيان مشروعة للإثبات لا للنفي ثم إذا أخرجه القاضي من السجن بإعساره لا يمنع الطالب من الملازمة أي الدوران معه.

وعن أبي حنيفة: لا يلازمه؛ لأن العسار معنى يوجب تأخير المطالبة؛ لأن المعسر مستحق للنظرة إلى الميسرة، فكان كما لو استحق النظرة بالتأجيل فلو أجّله صاحب الدين لا يمكنه الملازمة فكذا هذا[1].

وجه ظاهر الرواية: قوله عليه السلام: "**لِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدُ وَاللِّسَانُ**"[2] أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي، ولأن المال غاد ورائح فربما يظهر مال في كل ساعة فيلازمه بالنهار حتى إذا وقع في يده مال يأخذ منه حتى لا يتلفه أو يكتمه، ولهذا قالوا لا يلازمه الليالي، فإن الليالي ليست بوقت للكسب ولا يتوهم وقوع المال في يده في الليالي فالملازمة لا تفيد حتى لو كان الرجل يكسب في الليالي يلازمه في

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٢٠٠/٥، وحاشية ابن عابدين ٣١٥/٤ - ٣٢٠ - ٣٢١.

(٢) أخرجه ابن عدي في الكامل في الضعفاء (٢٢٨١/٦) من حديث أبي عيينة الخولاني رضي الله عنه وضعف أحد رواته واستنكر له هذا الحديث، ويدل عليه ما أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: "**إن لصاحب الحق مقالًا**" (فتح الباري ٥٦/٥ ط. السلفية) ومسلم (١٢٢٥/٣ ط. عيسى الحلبي).

الليالي هكذا قاله الفقيه أبو جعفر، وإذا كان لرجل على امرأة حق فالمدعي لا يلازمها لكن يبعث معها أمينا من أمنائه من النساء جارية أو امرأة حتى لا يلازمها.

وذكر الخصاف: رجلًا حبس غريمًا له ثم غاب فسأل القاضي عن المحبوس فوجده معسرًا يأخذ منه كفيلًا ويخلي سبيله؛ لأنه ربما يغيب الطالب ويخفي نفسه ويريد به أن يطول حبسه متضرر ويأخذ منه كفيلًا نظرًا للمدعي حتى لا يهرب، فإذا أحضر المدعي يلازمه.

ولو أراد المدعي أن يلازمه وقال المديون: احبسني كان الرأي لصاحب الدين وله أن يلازمه؛ لأن كلامهما حقه وطباع الناس في هذا مختلفة رب إنسان يختار الحبس ورب إنسان يختار الملازمة فكان الخيار له نظرًا له، وإذا مرض المحبوس مرضًا أضناه، فإن كان له خادم لم يخرجه من الحبس؛ لأن الحبس مشروع ليضجر قلبه فيسارع إلى وفاء الدين، وبسبب المرض يزداد الضجر ويزداد مسارعته إلى قضاء الدين، وليس في عدم الإخراج خوف الهلاك؛ لأن المعالجة في السجن والمنزل سواء.

وإن لم يكن له من يخدمه يخرجه من السجن؛ لأنه لو لم يخرج يخاف عليه من الهلاك والمستحق قضاء الدين دون الإهلاك، ولا يخرج المحبوس في الجمعة والأعياد؛ لأنه ينعدم فائدة الحبس وهو الضجر متى خرج لحوائجه الدينية والدنياوية.

ولو جاء غريم له آخر يطلب دينه، فالقاضي يخرج المطلوب من السجن حتى يجمع بينه وبين هذا المدعي؛ لأن إبطال حق الأول في الحبس ليصل المدعي إلى إثبات حقه مشروع؛ لأنه لا يلزم القاضي أن يذهب بنفسه إلى السجن أو يبعث نائبا يسمع خصومه المدعى عليه كي لا يفوت حسمه القضاء ولا يمكن في أمره تهمة، فإذا أخرجه من السجن فأقام عليه بينة بما ادعى وعدلت قضى عليه بالحق ثم يعيده إلى السجن إلا أنه يكتب في ديوانه اسمه فيمن حبسه أيضًا مع الأول حتى إذا جاء الأول وقال: استوفيت منه حقي، فإنه لا يخلى سبيله لمكان حق الثاني.

ولو أقر المحبوس بالدين للثاني إن أقر قبل القضاء عليه بالإفلاس يصح؛ لأنه

قبل أن يفلسه القاضي لا يصير محجورًا عن التصرف فيما في يده، وإن أقر بعدما قضى عليه بالإفلاس فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما لا يصح في حق المال الذي في يده، ويصح فيما يستحدث من المال بعد ذلك بناء على أن القضاء بالإفلاس هنا قضاء بالحجر عن التصرف في ماله، وأبو حنيفة لا يرى الحجر على الحر وهما يريان ذلك، فالقضاء بالتفليس حجر عندهما عن التصرف فيما في يده حتى لا يتلف حق الغرماء بتصرفه.

وأما من يحبس ومن لا يحبس: فلا يحبس الأبوين والجدين إلا في النفقة لولدهما لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وليس الحبس من المعروف، ولأن في الحبس نوع عقوبة ابتداء للوالد، ولا يجوز أن يعاقب الوالد ابتداء بتفويت حق الولد كالقصاص بخلاف الحبس للنفقة؛ لأنهما عقوبة وجبت لدفع الهلاك عن الولد؛ لأن في تركهما إهلاك الولد، ويجوز أن يعاقب الوالد لدفع الهلاك عن الولد كما لو صال الأب على الولد كان للولد دفعه بالقتل؛ لأنه يتضمن دفع الهلاك عن نفسه فكذا هذا.

ويحبس الأب والوكيل والوصي بدين على الصغير إلى أن يظهر أن لا مال للصغير؛ لأن قضاء دين اليتيم واجب عليهم وقد امتنعوا عن إيفاء دين واجب عليهم مع القدرة على إيفائه.

وإذا حبس الكفيل بأمره أو لوزم، له أن يحبس المكفول عنه أو يلازمه ليخلصه عنه؛ لأن ما لزم الكفيل من جهة الطالب كان على المكفول عنه خلاصه؛ لأنه لما كفل بأمره فهو الذي أوقعه فيه فعليه خلاصه، ولهذا يرجع الكفيل بما أدى عن الأصل فيحبسه أو يلازمه؛ ليؤدي المال إلى الطالب فيتخلص عما لزمه من جهة الأصل ويحبس المولى لمكاتبه وعبده المأذون؛ لأن هذا الحبس وجب لدفع الهلاك الحكمي عن المكاتب وهو الرق، فإن المكاتب لا يعتق إلا بالأداء، ولا يقدر على الأداء إلا بالمال والعبد المأذون لا يقدر على تفريغ رقبته عن الدين إلا بالمال وقد شغل رقبته بالدين إهلاكه معنى فكان في حبس المولى دفع الهلاك عنهما معنى فشرع، كما في حبس الوالد لنفقة الولد، ولا يحبسان له؛ لأنه أمكن له إيصال

المولى إلى حقه من غير حبس؛ لأن المكاتب متى امتنع عن أداء بدل الكتابة كان للقاضي فسخ الكتابة عليه فيصل إليه فسخ الرقبة ووصول الرقبة لوصول بدل الكتابة وبخلاف دين آخر، فإنه يحبس المكاتب به المولى؛ لأن المكاتب متى امتنع عن أداء دين آخر سوى بدل الكتابة ليس للقاضي أن يفسخ الكتابة عليه، فالقاضي لا يقدر على إيصال المولى إلى حقه إلا بالحبس فكان له أن يحبسه، ولا يثبت للمولى على عبده المأذون المديون دين صحيح فلا يحبس له ولا يحبس العاقلة في الديّة ولا الأرش إن كانت لهم أعطية في مال بيت المال بل يعطي من أعطياتهم؛ لأن الديّة تستوفى من العطايا وإنه من يد الإمام.

وإن لم يكن لهم عطايا بأن كانوا من أهل البادية يحبسوا؛ لأن القسامة بحق مستحق عليهم لولي القتيل، فإذا امتنعوا من الإيفاء مع القدرة يحبسون ولا يحبس الغلام المراهق الذي لا أب له ولا وصي إن استهلك مالًا لرجل ولكن ينصّب القاضي وكيلًا عنه يقضي دينه؛ لأن القاضي وليّه قادر على أداء دينه بنفسه أو يأتيه، وللقاضي أن يحبس الصبي التاجر على وجه التأديب لا على وجه العقوبة حتى لا يماطل حقوق العباد، فإن الصبي يؤدب لينزجر عن الأفعال الذميمة ولا يعاقب، والله أعلم.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشهادات

يحتاج إلى معرفة: كون الشهادة حجة، وأنواعها، وتفسيرها لغة وشريعة، وركنها، وشرط جوازها، وحكمها شريعة.

أما كونها حجة؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وقوله عليه السلام: "**الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**"(١). ولأن الشهادة لو لم تشرع حجة ما توصل ذو حق إلى إتيان حقه قِبَل غريمه حالة التجاحد والتناكر؛ لأنه عجز عن إثبات حق لما يوجب علم يقين وإحاطة وهي الوحي؛ لأنه منقطع وعجز عن إتيان حقه بخبره؛ لأنه متهم فيه لأنه يجر إلى نفسه نفعًا ومغنمًا، وخبر الشاهد صدر لا عن تهمة وعري عن عرض ومنفعة فيفيد غلبة الظن وطمأنينة القلب فصارت الشهادة حجة ضرورة إحياء للحقوق(٢).

وأما تفسيره لغة: فالشهادة في اللغة ضد الغيب والخفية، لأنها مأخوذة من المعاينة أي: يعلم ما كان معاينًا ومشاهدًا له.

وفي الشريعة: عبارة عن الإخبار عما شاهد وعاين بلفظة الشهادة في مكان مخصوص وهو مجلس القاضي.

وأما ركنها: يقول الشاهد إن لفلان على فلان كذا؛ لأن الشهادة تقوم به.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٥١٨٤) قال: أخبرنا ابن جريج. و«الترمذي» (١٣٤١) قال: حدثنا علي بن حجر، قال: حدثنا علي بن مسهر، وغيره، عن محمد بن عبيد الله. كلاهما: (ابن جريج، ومحمد بن عبيد الله العرزمي) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٥٠١/٢، وحاشية ابن عابدين ٤٦٢/٤، ٦٥٣، ونهاية المحتاج ٣١٤/٨، والروض الندي ٥٢١ وما بعدها، ط. السلفية.

وأما شرط جوازها: على الخصوص بمجلس القضاء لا تصح الشهادة إلا في مجلس القضاء لما تبين.

وأما حكمها: فثبوت المشهود به إذا اتصل به القضاء.

وأما أنواعها: فثلاثة: شهادة الفرد، وشهادة المثنى، وشهادة الأربع.

أما شهادة الفرد: فليست بحجة فيما يطلع عليه الرجال؛ لأن الله تعالى شرط شهادة اثنين في الحقوق التي يطلع عليها الرجال لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ الآية، ولأن قول المثنى أبعد عن التهمة وأقرب إلى الصدق والطمأنينة وتقبل شهادة امرأة حرة مسلمة فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والثنتان أحوط والثلاثة أحب.

وقال مالك رحمه الله: يشترط اثنتان.

وقال الشافعي رحمه الله: يشترط أربعة.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي عن النبي عليه السلام **أَنَّهُ أَجَازَ شَهَادَةَ الْقَابِلَةِ**[1]، ولأن شهادتين على الانفراد فيما لا يطلع عليه الرجال جعلت حجة ضرورة إحياء للحقوق؛ لأنه لو لم تجعل حجة لضاعت الحقوق المتعلقة بما لا يطلع عليه الرجال، والقياس أن تكون شهادة الفرد حجة تامة كما في باب الديانات لرجحان الصدق في خبره باعتبار عقله ودينه إلا أنه جعل العدد شرطًا فيما يطلع عليه الرجال نصًا لا قياسًا فبقي هذا على قضيّة القياس مع أن هنا مسبب الضرورة، إلا أنه لا يشترط العدد كي لا يكثر النظر إلى العورة.

وهل يشترط لفظة الشهادة؟

قال مشايخ خراسان: يشترط؛ لأن هذه شهادة محضة لأنها توجب على غيره حقًّا لا على نفسه.

---

(١) حديث "**شهادة النساء جائزة...**" أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة أثرًا عن الزهري بلفظ "**مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن**" وأخرج عبد الرزاق أثرًا عن ابن عمر بهذا المعنى وعن ابن المسيب وعروة بن الزبير كذلك (تلخيص الحبير ٤/٢٠٧ - ٢٠٨ ط. شركة الطباعة الفنية المتحدة ١٣٨٤هـ).

وقال مشايخ العراق: لا يشترط؛ لأن هذا خبر لم يشترط لقبوله العدد فلا يشترط لقبوله لفظة الشهادة.

وفي بعض روايات (المبسوط): ولا يقبل في ذلك شهادة رجل واحد، وقد اختلف المشايخ فيه؛ قيل: تقبل؛ لأنه يقبل فيه شهادة امرأة واحدة فلأن يقبل شهادة واحد أولى ولا يقال يفسق بالنظر إلى ما لا يحل؛ لأنه يشكل كما لو شهد على ذلك رجل وامرأتان أو رجلان يقبل، وقيل: لا تقبل؛ لأن شهادة امرأة واحدة إنما جعلت حجة باعتبار الضرورة والضرورة اندفعت لشهادتهما فلا حاجة إلى جعل شهادة الرجال حجة في ذلك وفي الاستهلال لا تقبل شهادة المرأة الواحدة إلا في حق الصلاة عليه عند أبي حنيفة، وعندهما تقبل في حق الميراث أيضًا.

لهما: أن الرجال لا يحضرون بحالة الولادة عادة فمست الحاجة إلى جعل شهادتهما حجة في حق إثبات النسب واستحقاق الميراث ضرورة إحياء الحقوق.

له أنه حل للرجال سماع صوته فلا ضرورة إلى جعل شهادتين حجة في حق بيان النسب واستحقاق الميراث.

ولو جاءت المعتدة بالولد وشهدت القابلة بالولادة إن كان الحبل ظاهرًا أو أقر الزوج به يقبل ويقضي بنسب الولد منه حتى يرث منه بالإجماع، وإن لم يكن الحبل ظاهرًا ولا أقر الزوج به لا يقبل عند أبي حنيفة حتى لا يثبت النسب ولا يرث، وعندهما تقبل.

لهما: أن ولادة المعتدة متى تثبت ظهر أن النسب كان بإثبات النكاح الماضي لا إنه ثبت بالولادة ابتداء وكان في قبول شهادتهما إظهار نسب ثابت قبل الولادة فقبلت كما في حال قيام النكاح أو كان الحبل ظاهرًا.

له: أن سبب بيان النسب هو النكاح وأنه مما يطلع عليه الرجال وشهادتهن مما يطلع عليه الرجال لا يقبل إلا إذا بدت بمؤيد، فمتى كان النكاح قائما أو كان الحبل ظاهرًا فقد تأيدت شهادتهن بمؤيد فقبلت على النسب، ومتى لم يكن النكاح قائما ولا الحبل ظاهرًا لم تتأيد بمؤيد لم يقبل.

وأما شهادة المثنى: فشهادة رجلين عدلين مقبولة في جميع الأحكام إلا في الزنا

وشهادة رجل وامرأتين مقبولة في جميع الأحكام إلا في الحدود والقصاص.

وقال الشافعي: لا تقبل إلا في الأموال وتوابعها.

والصحيح قولنا؛ لأن المرأة ساوت الرجل فيما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو القدرة على المشاهدة والضبط والحفظ والأداء لوجود القدرة وهو العقل المميز المدرك واللسان الناطق المعبر فتفيد شهادتهن حصول غلبة الظن وطمأنينة القلب لصدق الشهود بخلاف شهادة النساء وحدهن لا تقبل؛ لأن غلبة الظن تحصل بخبرهن لكن الشرع لم يعتبرها حجة؛ لأنهن منهيات عن البرُوز والخروج لما فيه من سبب الفتنة والفساد، وسبب الفساد يجب نفيه وإعدامه فروعيت الذكورة في أحد شرطي الشهادة حسمًا لمادة الفساد بقدر الممكن.

ولا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص لما روى الزهري أنه قال: مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص، ولأنه تمكنت في شهادتهن شبهة قصور من حيث غلبة السهو والنسيان، والحدود لا تثبت مع الشبهات، والمال يثبت مع الشبهات.

ولا تقبل الشهادة على الشهادة على الحدود خلافًا للشافعي؛ لأن تهمة الكذب وريب الإفك في الشهادة على الشهادة تمكنت من وجهين: من جهة الفروع ومن جهة الأصول؛ لأن كل واحد منهما غير معصوم عن الكذب فكانت شبهة الكذب في هذه الشهادة أكثر فلم يثبت بها ما بنى على الدرئ بالشبهة(١).

وأما شهادة الأربع: فلا تقبل في الزنا شهادة أقل من أربعة؛ لأن الله تعالى خص الزنا بأربعة شهداء لقوله تعالى: ﴿فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: ١٥] ولأن ستر الفاحشة وكتمانها واجب، والإشاعة وإظهارها محظورة لقوله عليه السلام: "مَنْ أَصَابَ مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَاتِ شَيْئًا فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ"(٢) والزنا أفحش

(١) انظر: فتح الباري ٣٩٩/١، والفروع ٢٦٤/٣، ومنتهى الإرادات ٤٦٠/٢، ومغني المحتاج ١٥٠/٤، وحاشية ابن عابدين ١٤٠/٥.

(٢) انظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص٢٨٠، والأحكام السلطانية للماوردي ص٢٥٢ وحديث: "من أصاب من هذه القاذورات شيئا..." أخرجه مالك في الموطأ (ص٧١٥ ط. دار =

الفواحش وأقبحها فيكون ستره أوجب وإشاعته في الخطر آكد وأثبت فتعلق ظهوره بزيادة العدد في الإشهاد احتيالا للستر وتحرزًا عن الإشاعة؛ لأنه قل ما يتفق الوقوف في الزنا والإيلاج للجماعة.

(باب من تجوز شهادته ومن لا تجوز)

الأصل فيه ما روى الخصاف بإسناده عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا يجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيده، ولا السيد لعبده، ولا الشريك لشريكه، ولا الأجير لمن استأجره"(١). وكل هذا مذهبنا.

ولا يجوز شهادة الوالد لولده وولد وولده وإن سفلوا، ولا شهادة الولد لوالده ولأجداده وإن علوا، ولا لأمه وجدّاته وإن علون؛ لأن هذه شهادة تمكنت فيها تهمة الكذب والميل؛ لأن منافع الأملاك بينهما متصلة عرفًا وشرعًا إيصالا يمنع وضع الزكاة فيه فيحمله على الكذب باعتبار اتصال منافع الأملاك ويتهم بالميل إليه باعتبار وفور الشفقة في حقه، ولا يجوز شهادة أحد الزوجين لصاحبه خلاف الشافعي؛ لأن هذه شهادة لا تعرى عن التهمة؛ لأن هذه الشهادة تظهر معنى الملك لنفسه، وهو إطلاق الانتفاع بمال صاحبه؛ لأن كل واحد منهما مطلق الانتفاع بملك صاحبه عادة فيجر إلى نفسه نفعًا ومغنمًا فيكون في نفسه متهما، ويجوز شهادة الأخ لأخيه وأخته؛ لأن التهمة منتفية لظهور التحاسد بينهما ولعدم إتصال منافع الأملاك

=

الآفاق) مرسلا عن زيد بن أسلم. وأخرجه البيهقي (٣٣٠/٨ ط. دار المعرفة) موصولًا عن ابن عمر بلفظ "**اجتنبوا هذه القاذورات التي نهى الله عنها، فمن ألمّ فليستتر بستر الله عز وجل، وليتب إلى الله، فإنه من يبد لنا صفحته نقم كتاب الله عليه**" وأخرجه الحاكم (٢٤٤/٤ ط. دار الكتاب العربي). وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين. ووافقه الذهبي.

(١) ذكره ابن الهمام في فتح القدير (٣١/٦ - ط. الميمنية) وعزاه إلى الخصاف، وذكر إسناده، وفيه يزيد بن أبي زياد الشامي وهو ضعيف كما في التهذيب لابن حجر (٣٢٩/١١ - ط. دائرة المعارف العثمانية).

وتفقد القرائن الحاملة على الميل والكذب[(١)].

ولا تقبل شهادة محدود في قذف، وإن تاب خلافًا للشافعي، وتقبل شهادة المحدود فيما سواه كالزنا والسرقة ونحوهما؛ لأن في المحدود في القذف ورد نص خاص بالنهي عن قبول شهادته وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤] نهى عن قبول شهادة الذين رموا على سبيل التأبيد؛ لأنه لا يتصور إشهاده حالة الرمي؛ لأنهما لفظان مختلفان لا يمكن التلفظ بهما في حالة واحدة، وبعد التوبة هو من الذين رموا فيتناوله النص، وفيما عداه لم يرد النص بالنهي عن قبول شهادته، وإنما لا تقبل شهادته لأجل الفسق وبالتوبة ارتفع الفسق ولا يجوز شهادة الأعمى والأخرس.

وقال مالك: تقبل شهادة الأعمى في المسموعات دون المعقولات.

وقال زفر والشافعي: تقبل فيما تحل الشهادة بالشهرة والتسامع كالنسب والموت والنكاح.

والصحيح قولنا[(٢)]؛ لأن الأعمى لا يعاين ولا يشاهد وهنا الشهادة على المعاينة والمشاهدة لقوله عليه السلام للشاهد: "**إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع**" ولأنه تمكنت التهمة في شهادته؛ لأنه متى لم يعاين المشهود له والمشهود عليه لا تنقطع الشركة بينهما وبين غيرهما في الاسم والنسبة فتمكن في شهادته تهمة الكذب.

وأما الأخرس فلأن غير لفظة الشهادة لا يقوم مقام الشهادة فكذلك الإشارة لا تقوم مقام العبارة مع أن في الإشارة تهمة المغالطة، وإن عمي بعد التحمل فكذلك عندهما، وعند أبي يوسف والشافعي تقبل؛ لأن التحمل قد صح لوجود المعاينة والمشاهدة فهو من أهل الأداء؛ لوجود القدرة وهو النظر والعبارة.

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣٧٨/٤، والاختيار ١٤٧/٢، والدسوقي ١٦٦/٤، ومنح الجليل ٢٢٠/٤، ونهاية المحتاج ٢٨٥/٨، والمهذب ٣٢٦/٢، ومغني المحتاج ٤٣٢/٤، وكشاف القناع ٤٢٤/٦، والمغني ١٦٩/٩.

(٢) انظر: البدائع ٤٠٢٣/٩، فتح القدير ٢٧/٦، الفتاوى الهندية ٤٦٤/٣ - ٤٦٥.

لنا: أن في الأداء يحتاج إلى التمييز بين الخصمين والإشارة إليهما، وفي تمييزه تصور الخلاف والغلط ويمكن الاحتراز عنه في الجملة فيجب اعتبار الإشارة إلى الخصمين تحرزًا عن الالتباس كالبصير إذا أدى الشهادة من وراء الحجاب بالاسم والنسبة لا تقبل للاشتباه والالتباس فكذا هذا بخلاف الشهادة على الميت؛ لأن الاحتراز عن ذلك غير ممكن لصاحب الحق فقام الاسم والنسبة مقام الإشارة. فالحاصل أن العمى إذا وجد في إحدى هذه الأحوال الثلاثة حالة التحمل وحالة الأداء وحالة القضاء يمنع صحة القضاء عندهما.

وعند أبي يوسف: لا يمنع إلا في حالة التحمل، والموت بعد الأداء قبل القضاء لا يمنع والخرس والفسق والجنون وغيرها من أسباب الحرج يمنع القضاء بكل حال ولا تقبل شهادة الفاسق إلا إذا كان فاسقًا معروفًا بالتجنب عن الكذب تقبل؛ لأن الفاسق لا يبالي من أن يميل إلى الكذب ولا يجتنب عنه عادة فتمكنت فيه زيادة تهمةٍ يمكن الاحتراز منه حتى إذا علم القاضي أنه صدوق اللسان تقبل شهادته فالأصل أن الإنسان إنما يصير فاسقًا بزوال العدالة، والعدالة إنما تزول بارتكاب الكبيرة ولا تزول بارتكاب الصغيرة؛ لأنه يسد باب الشهادة إلا أن يُصرَّ عليها؛ لأن الصغيرة تصير كبيرة مع الإصرار عليها لقوله عليه السلام: "**لَا صَغِيرَةَ مَعَ الإِصْرَارِ، وَلَا كَبِيرَةَ مَعَ الاسْتِغْفَارِ**"(١) ثم الحد الفاصل بين الصغيرة والكبيرة ما كان حرامًا محضًا كاللواطة والزنا وشرب الخمر والسرقة والقتل بغير حق وأكل مال اليتيم والصغيرة ما لم يكن حراما محضًا كالغمزة والقبلة والنظر بشهوة وشرب المسكر سوى الخمر وأكل الربا، أو لا تقبل شهادة آكل الربا إذا أدمن عليه، وكذا مدمن الخمر والمسكر؛ لأن أكل الربا ليس بحرام محض؛ لأن عقد الربا مقيد للملك بعد إتصال القبض به والملك مبيح فلم يكن حرامًا محضًا، وكان ناقصا في كونه كبيرة فصار كالملحق بالصغيرة فشرطنا الإدمان فيه لهذا وشرب الخمر، وإن كان حرامًا محضًا إلا أن الإنسان قد يقع في شربه مرة فمتى دام على شربه فهو مقيم مصرٌّ على

---

(١) أخرجه الديلمي (١٩٩/٥، رقم ٧٩٩٤). وأخرجه أيضًا: القضاعي (٤٤/٢، رقم ٨٥٣) كلاهما عن ابن عباس.

المعصية، وإذا لم يدم عليه فهو تائب نادم على ما فعل مستغفر لما صنع[1].

وحكى أبو بكر الرازي عن الكرخي: أن من يأكل في السوق بين يدي الناس أو يمشي في السوق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته؛ لأنه تارك للمروءة وترك المروءة والحمية علامة عدم المبالاة بأمور الشريعة.

وفي (المنتقى): ولا تقبل شهادة من جلس مجالس الفجور والمجانة على الشراب وإن لم يسكره.

وكذا لا تقبل شهادة من يتهم بالفسق والفجور ويظن ذلك به لقوله عليه السلام: **"لا شهادة للمتهم"**.

ولا تقبل شهادة من يلعب بالحمام ويطيرهن؛ لأن اللعب معصية لقوله عليه السلام: **"كل لعب حرام"**، وإنما يثبت له هذا الاسم بالإصرار عليه والصغيرة بالإصرار تصير كبيرة[2].

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أقبل شهادة من يطير الحمام مقصصة ولا يقامر بها.

ومن لعب بالنرد والشطرنج والأربعة عشر فيتشاغل بها عن الصلاة وقامر عليها أو أكثر الحلف عليها بالباطل والزور لا تقبل شهادته.

ولا تقبل شهادة المغنّي ولا المغنية ولا النائحة؛ لأن الغناء أو النياحة معصية لقوله عليه السلام: **"لعن الله المغنيات والنائحات"** وهذا الاسم إنما يثبت للمصر ولأنه يكون سخيفًا في العادة، معلنا للمعصية.

وكذا تارك الجمعة والجماعة مجانة لا سهوًا؛ لأن حضور [الجمعة][3] فرض،

---

(١) انظر: مرقاة المفاتيح ٦٦/٣، ٧٧، وابن عابدين ٣٥٢/٥، والطحطاوي على مراقي الفلاح ١٧٢/١، والفتوحات الربانية ٢٨٢/٧، ومدارج السالكين ٢٩٠/١، ٣٠٨، وشرح ميارة الصغير ١٨١/٢ ط. الحلبي، والزواجر لابن حجر ٩/١، وفتح الباري ٨١/١١ ط. البهية، وفتاوى ابن تيمية ٦٥٥/١٠، ٤١/١٥، والمغني مع الشرح ٨٠/٢ ط. المنار الأولى.

(٢) انظر: البدائع ٤٦/٧، والمغني ٢٠٧/٨.

(٣) ما بين المعكوفتين في (س): الجماعة.

والجماعة[1] وإن كانت سنة مؤكدة إلا أنها ملحقة بالفرائض حتى لو تركها أهل بلدة جاز للإمام المقاتلة معهم؛ لأنها من شعائر الإسلام وخصائص الدين فصار تركها معصية.

ثم اختلفوا؛ قيل: ما لم يترك الجمعة ثلاث مرات رغبة عنها لا يمنع قبول شهادته؛ لأن الثلاث أدنى الجمع وليس لما زاد عليها نهاية.

وقيل: إذا تركها مرة لا تقبل شهادته، وهكذا ذكر الخصاف.

فأما إذا تركها بعذر كالمرض وبُعدِهِ من المصر أو بتأويل بأن كان يُفسِّق الإمام أو يتهمه ببدعة لا ترد شهادته؛ لأنه في الوجه الأول معذور، وفي الثاني يصير صاحب هوى وشهادة صاحب الهوى تقبل إذا كان عدلًا في التعاطي.

وتقبل شهادة أصحاب الأهواء سوى الخطابية خلافًا لمالك؛ لأنه مسلم عدل في تعاطيه؛ لأنه امتنع عن محظور دينه، وما وجد من فسق الاعتقاد لا يدل على شهادة الزور؛ لأنه اعتقده مباحًا بتأويل فلا يدل على شهادة الزور التي يعتقدها حرامًا في دينه كشهادة الكافر على الكافر وليس كالخطابية؛ لأن الخطابية قوم من الروافض يستجيزون أداء الشهادة بالزور.

(المنتقى): قال أبو يوسف: لا أجيز شهادة من شتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ لأن هذا جنون وسفه، ألا ترى أنه لا يفعل ذلك إلا السقاط والأوضاع والأرذال من الناس، وشهادة السخيف لا تقبل وأقبل شهادة الذين يتبرؤون منهم؛ لأن هذا متهم بدين؛ لأنهم يعتقدون دينًا وإن كانوا على باطل؛ لأنه لم يظهر فسقهم، وكذا لا يقبل شهادة الشتّام للناس والجيران؛ لأنه معصية كبيرة ومن سألت عنه فقالوا: نتهمه بشتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فإني لا أقبل قولهم وأجيز شهادته؛ لأن هذا يورث تهمة الكذب والفسوق، والأول لا يورث تهمة الكذب ما لم يسمع بنفسه، ولا تقبل شهادة المخنث أراد بالتخنث تخنّثًا

---

(١) انظر: حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار ١/١٩٤.

يحدثه الرجل باختياره لا خلقته؛ لأن التخنث معصية لقوله عليه السلام(١): **"لعن الله الْمُخَنَّثَ مِن الرِّجَالِ، والمذكرات من النساء"**(٢).

ولا تقبل شهادة النخاسين والدلالين؛ لأنهم يحلفون ويكذبون ولا يبالون بذلك، فأما من كان عدلًا منهم لا تسقط عدالته وشهادته بسبب الحرفة، وكذا شهادة العوان الذي يأخذ بغير حق؛ لأن الأخذ بغير حق يكون فسقًا وظلمًا، وشهادة أهل الصناعات إذا كانوا عدولا قال بعض العلماء: لا تجوز لكثرة حلفهم في الوعد وكثرة ما يجري الأيمان الفاسدة بينهم.

وقال عامة العلماء: تجوز؛ لأن المحور العدالة وقد وجدت وقامت العدالة دلالة على الصدق بالمقالة في الشهادة والخلف في الوعد للمدافعة لا لتحقيق الكذب في

(١) أخرجه «البخاري» ١٥٩/٧ (٥٨٨٦) قالا: حدثنا معاذ بن فضالة، قال: حدثنا هشام، عن يحيى. وفي ١٧١/٨ (٦٨٣٤) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا هشام، قال: حدثنا يحيى. و«أبو داود» (٤٩٣٠) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا هشام، عن يحيى. و«الترمذي» (٢٧٨٥) قال: حدثنا الحسن بن علي الخلال، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن يحيى بن أبي كثير، وأيوب. و«النسائي» في «الكبرى» (٩٢٠٧) قال: أخبرنا محمد بن إبراهيم، عن بشر، وهو ابن المفضل، قال: حدثنا هشام، عن يحيى بن أبي كثير. وفي (٩٢١٠) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور، قال: أخبرنا النضر بن شميل، وعبد الصمد، ووهب، وأبو داود، قالوا: حدثنا هشام، عن يحيى. و«أبو يعلى» (٢٤٣٣) قال: حدثنا محمد بن بكار، قال: حدثنا خالد بن عبد الله الواسطي، عن يزيد بن أبي زياد. ثلاثتهم: (يحيى بن أبي كثير، وأيوب السختياني، ويزيد بن أبي زياد) عن عكرمة، فذكره.

(٢) أيْ: لَا يَجُوز لِلرِّجَالِ التَّشَبُّهُ بِالنِّسَاءِ فِي اللِّبَاسِ وَالزِّينَةِ الَّتِي تَخْتَصُّ بِالنِّسَاءِ وَلَا الْعَكْس، وَكَذَا فِي الْكَلَامِ وَالْمَشْي، فَأَمَّا هَيْئَةُ اللِّبَاسِ، فَتَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ عَادَةِ كُلِّ بَلَد، فَرُبَّ قَوْمٍ لَا يَفْتَرِقُ زِيُّ نِسَائِهِمْ مِنْ رِجَالِهِمْ فِي اللُّبْس، لَكِنْ يَمْتَازُ النِّسَاءُ بِالِاحْتِجَابِ وَالِاسْتِتَار، وَأَمَّا ذَمُّ التَّشَبُّهِ بِالْكَلَامِ وَالْمَشْي، فَمُخْتَصٌّ بِمَنْ تَعَمَّدَ ذَلِكَ، وَأَمَّا مَنْ كَانَ ذَلِكَ مِنْ أَصْلِ خِلْقَتِهِ، فَإِنَّمَا يُؤْمَرُ بِتَكَلُّفِ تَرْكِهِ، وَالْإِدْمَانِ عَلَى ذَلِكَ بِالتَّدْرِيجِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ وَتَمَادَى، دَخَلَهُ الذَّمّ، وَلَا سِيَّمَا إِنْ بَدَا مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِهِ، وَأَخْذُ هَذَا وَاضِحٌ مِنْ لَفْظ الْمُتَشَبِّهِينَ، وَأَمَّا إِطْلَاقُ مَنْ أَطْلَقَ كَالنَّوَوِيِّ أَنَّ الْمُخَنَّثَ الْخَلْقِيَّ لَا يَتَّجِه عَلَيْهِ اللَّوْم، فَمَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَقْدِرْ عَلَى تَرْكِ التَّثَنِّي وَالتَّكَسُّرِ فِي الْمَشْيِ وَالْكَلَامِ بَعْد تَعَاطِيهِ الْمُعَالَجَةَ لِتَرْكِ ذَلِكَ، وَإِلَّا مَتَى كَانَ تَرْكُ ذَلِكَ مُمْكِنًا وَلَوْ بِالتَّدْرِيجِ، فَتَرَكَهُ بِغَيْرِ عُذْرٍ، لَحِقَهُ اللَّوْم. عون المعبود - (ج٩/ ص١٢).

المقالة إلا إذا اعتادوا ذلك فلا تقبل، وشهادة بائع الأكفان لا تقبل، قيل: هذا إذا ترصد لذلك العمل؛ لأنه حينئذ يتمنى الموت والطاعون.

أما إذا كان يبيع الثياب هكذا للتجارة ويُشتَرى منه الكفن يجوز شهادته، وشهادة القروي والأعرابي لا تجوز عند بعضهم لكثرة الجهل في أمور الشريعة وعند عامتهم يجوز إذا كان عدلًا عارفًا بكيفية الشهادة تحمُّلا وأداء وعن ابن عباس قال: لا يجوز شهادة الأغلف، ولا تقبل له صلاة ولا تؤكل ذبيحته وعند عامة الفقهاء تجوز شهادته وتؤكل ذبيحته؛ لأن ترك السنة لا توجب الفسق إذا لم يكن الترك رغبة عن السنة حتى لو ترك الختان راغبًا عن السنة لا تقبل شهادته وإباحة الذبيحة يعتمد ملة التوحيد وقد وجدت.

وفي نوادر ابن رستم: قال محمد: في رجل أعجمي صوام قوام مغفل يخشى عليه أن يُلقَّن فيأخذ به قال هذا شر من الفاسق في الشهادة.

وروى ابن أبي ملك عن أبي يوسف: أجيز شهادة المغفل ولا أجيز تعديله؛ لأن التعديل يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير والمغفل يستقر عليه فيأخذ به من غير علم وتمييز ولا تقبل شهادة من عرف بالمجانة، قيل: المجانة من شتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقيل: من نسبه بعض أفعاله وأقواله بالمجانين، ومن يجن ساعة ويفيق ساعة فشهد في حالة الصحة تقبل شهادته؛ لأن ذلك بمنزلة الإغماء، والإغماء لا يمنع قبول الشهادة، وقدر بعض مشايخنا في جنونه بيوم أو يومين حتى لو جن يوم أو يومين، ثم يفيق فشهادته جائزة في حالة الصحة.

(باب شهادة دافع المغرم وجالب المغنم)

أصله: أن كل شهادة جرَّت مغنمًا أو دفعت مغرمًا لم تقبل؛ لأنه تمكنت فيها تهمة الكذب لوجود دليل التهمة، وشهادة المتهم مردودة؛ لقوله عليه السلام: "**لا شهادة للمتهم**" ولأنه يخل بالصدق؛ لأنه يصير به ذا غرض في الشهادة؛ لأنه يجر إلى نفسه نفعًا ومغنمًا فلا يفيد رجحان الصدق في خبره.

وشهادة المستأجر للأجير بالمستأجَر والمستعير للمعير بالمستعار لا تقبل؛ لأنه

يجر إلى نفسه مغنمًا؛ لأنه يظهر معنى الملك لنفسه وهو ملك الانتفاع وشهادة الأجير الخاص كأجير المواءمة والمشاهرة لا تقبل لمن استأجره وشهادة الأجير العام كالأجير المشترك مثل الخياط والصباغ والقصار تقبل لمن استأجره.

والفرق بينهما أن الأجير الخاص يستحق الأجرة لمجرد تسليم نفسه إلى مستأجره، وإن لم يستعمله المستأجر فكان حال ما شهد له يستحق الأجرة عليه، فكان في المعنى كأنه استأجره للشهادة ولا كذلك الأجير المشترك؛ لأنه لا يستحق الأجرة إلا بالعمل وحين شهد غير مشغول بعمل الإجارة فلا يستحق الأجرة، ولأن الغالب من الأجير الخاص الميل إلى الأستاذ المتأصل عن أستاذه فتمكنت في شهادته تهمة يمكن الاحتراز عنها ولا كذلك الأجير المشترك.

قال أبو حنيفة في (المجرد): لا ينبغي للقاضي أن يجيز شهادة الأجير لأستاذه ولا الأستاذ لأجيره.

ولا تقبل شهادة الشريك المفاوض فيما سوى الحدود والقصاص والنكاح؛ لأنه شركة بينهما في هذه الأشياء، وفيما عداها له شركة في المشهود به فكان شاهدًا لنفسه من وجه فتمكنت فيه التهمة، ولا تقبل شهادة شريك العيان في تجارته.

شاة في يدي رجل قال لآخر: اذبحها، فذبحها، فأقام رجل شاهدين: أحدهما: الذابح أن ذا اليد اغتصبها منه لا تقبل شهادة الذابح؛ لأنه يدفع عن نفسه مغرمًا؛ لأن الذابح إن لم يكن عالمًا يكون الآمر غاصبًا وقت الذبح فمتى أجاز المشهود له يضمن الذابح يرجع بما ضمن على الآمر متى جازت شهادته فيكون دافعًا مغرمًا، وإن كان عالمًا يكون الآمر غاصبًا إن لم يكن له حق الرجوع، ولكن للمشهود له خيار التضمين يُضمِّن أيَّهما شاء في التخيير نوع تخفيف للذابح؛ لأنه ربما لا يختار المشهود له تضمينه فكان دافعًا مغرمًا معنى.

ولو شهد ابنا البائع أو أبوه أن الشفيع قد طلب الشفعة من المشتري والدار في يد المشتري ينكر ذلك لا تجوز شهادتهم؛ لأنهم يبعدون الدرك عن البائع، ألا ترى أنه لو استحق الدار من يد المشتري يرجع بالثمن على البائع.

ولو استحقت من يد الشفيع لا يرجع بالثمن على البائع، وإنما يرجع به على

المشتري، ثم هو يرجع على البائع. شهد رجلان أن لهما ولفلان كذا درهمًا على فلان لم يجز شهادتهما؛ لأن المشهود به مشترك بينهما فصارا شاهدين لأنفسهما في البعض فبطل بعض الشهادة فيبطل الباقي؛ لأن نصيب فلان لا يمتاز من نفسيهما حتى لو نصّا على قطع الشركة بأن شهدا أن لفلان عليه خمسمائة وجبت عليه بسبب على حدة ولنا عليه خمسمائة وجبت ليست على حدة تقبل شهادتهما في حق فلان؛ لأنه لا شركة لهما فيما شهدا لفلان قال عبد الله: هذا الذي في يد زيد كان لعمرو أودعنيه زيد فرددته عليه ثم ادعى أحد ورثة عمرو العبد فشهد له عبد الله به إن علم الإيداع والرد من جهة أخرى قبلت شهادته، وإن لم يعلم لا تقبل؛ لأن الرد متى كان ظاهرًا فلم يدفع عن نفسه مغرمًا؛ لأنه لا ضمان عليه، ومتى لم يكن الرد ظاهرًا فقد دفع عن نفسه مغرمًا؛ لأنه ربما يجيء مستحق أجر هذه العين ويقيم البينة أنه ملكه كان للمستحق أن يضمن عبد الله لإقراره أن العين كانت في يده، فإنه كان مودع الغاصب في حق المستحق وبهذه الشهادة يدفع هذا الضمان عن نفسه لأنا متى قبلنا شهادته وقضينا بالعين لوارث عمرو لا يكون للمستحق تضمين عبد الله؛ لأنه وصل إلى وارث الغاصب فيرى مودعه عن الضمان.

زوَّج الوكيلان أو الوليان امرأة ثم شهدا على زوجها أنه طلقها جازت شهادتهما لأنهما لم يسعيا في نقض عقد قد تم لهما، وإنما شهدا بتصرف مبتدأ على الزوج بعد النكاح فتقبل كالوكيلين بالشراء إذا شهدا على موكلهما بالإعتاق بعد الشراء تقبل فكذا هذا.

(النوادر): لو استأجر دارًا شهرًا وسكن الشهر كله، ثم ادعى رجلٌ الدار فشهد المستأجر وآخر معه له، فالقاضي يسأل المدعي عن الإجارة أكانت بأمره أو بغير أمره، فإن قال: كانت بأمري، لم تقبل شهادة المستأجر؛ لأنه مستأجر شهد بالمستأجر للآجر، وإن قال: كانت بغير أمري قبل شهادته؛ لأنه ليس بمستأجر في حقه، ولو لم يسكن الشهر كله لم تجز شهادته، وإن لم يدّع المدعي أن الإجارة كانت بأمره، ولو شهد المستأجر أن على المدعي للدار لآجرها بإثبات الإجارة أو لإنسان آخر على المؤاجر يفسخ الإجارة.

قال أبو حنيفة: جازت شهادتهما سواء كانت الإجارة رخيصة أو غالية؛ لأنهما يشهدان بإثبات الأجرة للآجر لا بالملك في المستأجر له.

وقال أبو يوسف: ترد شهادتهما في فسخها لأنهما يدفعان عن أنفسهما الأجرة.

وإن كانا ساكنين في الدار بغير أجر جازت شهادتهما. ثلاثة نفر قتلوا رجلًا عمدًا فشهد اثنان منهم لواحد على الولي أنه قد عفا عنه.

قال محمد: هو جائز لأنهما شهدا على فعل غيرهما.

وقال أبو يوسف: هو باطل؛ لأنهما بهذه الشهادة يجران إلى أنفسهما مغنمًا وهو سقوط القصاص عنهما وانفلاته ما لا يعفو الولي عن أحدهم.

وكذلك لرجل على أربعة نفر مال فشهد اثنان لاثنين أنه قد أبرأهما من المال.

قال محمد: هو جائز.

وقال أبو يوسف: هو باطل.

رجل وكل ثلاثة نفر معًا بقبض ماله، فشهد اثنان على الثالث بالقبض وهو جاحد لم تجز شهادتهما.

ولو وكل كل واحد منهم بقبضه على حدة جازت شهادتهما على الثالث بالقبض.

والفرق أنه إذا جمعهم في الوكالة كان للشاهدين أن يتبعا القابض بثلثي ما قبض فتكون في أيديهما حتى يدفعاه إلى الموكل فيجران بشهادتهما منفعة القبض إلى أنفسهما، ولا كذلك إذا لم يجمعهم في الوكالة لأنهم ليسوا شركاء في الوكالة المقضي له بالدين في تركة الميت إذا شهد لورثة الميت بحق للميت على رجل لا يجوز؛ لأنه يجر بهذه الشهادة إلى نفسه مغنمًا وهو أنه تعلق حقه بهذا المال. ثلاثة لهم دين على رجل فشهد اثنان على الثالث أنه قد أبرأه من حصته لا يجوز؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما شركته إذا قبضا حصتهما وهو بمنزلتهما لو قبضا.

قال محمد: إن كانا قد قبضا حصتهما فشهادتهما جائزة لأنهما لا يدفعان عن أنفسهما شركته. اقتسم الشركاء أرضًا بينهم فصار في يد كل واحد منهم حصته، ثم شهد بعضهم على واحد منهم أنه أقر بما في يده لفلان لا تقبل؛ لأنه يريد أن يخرج

ذلك من يده لئلا يرده بالعيب فيسلم له نصيبه الذي أخذ بالقسمة، كما لو شهد البائع أن المشتري أقر بالمبيع لفلان لا تقبل فكذا هذا.

وذكر الجرجاني في الآحاد: شهد رجلان من الورثة لرجل أنه ابن الميت وهو وارث معهما جازت؛ لأن هذه الشهادة تتضمن إثبات المشاركة فيما ورثاه عن أبيهما فينتقض بها ما استحقاه من الإرث فلم تجز شهادتهما مغنمًا بل ضرًّا ومغرمًا. رجل مات وترك أربع بنين وألف درهم فاقتسموها، ثم جاءت جدة الميت معروفة تطلب حقها فشهد اثنان من الورثة أن التركة ألفا درهم، وشهد اثنان أن التركة ألف درهم لا تقبل شهادة الاثنين على الألف؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما التي حصلت في أيديهما بشهادة الاثنين الآخرين فيصير ذلك تهمة في دفع المشاركة. رجل مات ولا يعرف له ولد فشهد اثنان لرجلين أنهما ابنا الميت، وادعى الشاهدان أيضًا أنهما ابنا الميت وصدقهما المشهود لهما لم تقبل شهادتهما؛ لأن هذه الشهادة تتضمن جر منفعة؛ لأنهما يشهدان في مال مشترك ليتوصلا إلى تصحيح حقهما بقول من صح تصديقه بشهادتهما.

وذكر علي بن الجعد عن أبي يوسف: لو كانت الورثة صغارًا وكبارًا فتقاسم الكبار ودفعوا نصيب الصغار إلى رجل ثم شهدوا أنه وصي الميت لم تجز شهادتهم؛ لأنها تضمنت جر منفعة، وهو تصحيح قسمتهم في حق الصغير، والقسمة من عقود التمليكات كالبيع فصار كأنهم شهدوا لأنفسهم.

ولو شهدوا قبل القسمة جاز وجعله الحاكم وصيا، ولو شهد اثنان أن فلانًا أوصى بثلث ماله لفلان وفلان الميت والميت ابن الشاهد جاز والثلث كله للحي عندهما وعند أبي يوسف للحي النصف؛ لأن الموصي إذا لم يعلم بموت أحدهما فقد قصد إيجاب نصف الثلث للحي فلا يجوز إيجاب جميعه للحي. لهما أن إيجاب الوصية بالثلث للحيين تناول كل واحد منهما على حدة بدليل أنه لو مات أحدهما قبل موت الموصي ينفرد الحي باستحقاق جميع الثلث، وإنما ينصرف بين الحيين باعتبار المزاحمة، فإذا لم يثبت بالميت المزاحمة لعدم أهلية استحقاقه تفرد الحي باستحقاق جميعه.

ولو شهد أنه أوصى لهذا الحي والميت بألف درهم لم يجز.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا شهد ابنا البائع أن الشفيع سلم الشفعة للمشتري جاز.

ولو شهدا أن المشتري سلمها للشفيع لم يجز؛ لأنهما يخرجان إياهما من رجوع المشتري عليه بعيب أو غيره، وصار كالبائع إذا شهد على المشتري أنه باعه من غيره أو أعتقه لم يجز؛ لأن شهادته أسقطت استرجاع الثمن منه فكان دافعًا مغرمًا عن نفسه. اشترى عبدين فأعتقهما، ثم اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن فشهد المعتقان بالثمن لم تقبل؛ لأنهما يشهدان على ثمن أنفسهما.

ولو شهد المعتقان بإيفاء الثمن أو بإبراء البائع من الثمن تقبل؛ لأنهما شهدا على فعل غيرهما ولم يجرّا إلى أنفسهما مغنمًا.

ولو باع جارية من رجل وتبرأ من عيوبها وتقابضا، ثم ادعى رجل أنه اشتراها من المشتري أو ادعى المشتري أنه باعها من رجل فشهد له البائع بذلك لم تجز.

ولو شهد المودع أو المستعير أو المستأجر للمدعي قبل الرد لم يجز.

ولو شهد المرتهن لآخر جاز، والفرق بينهما أنه ليس للمودع والمستعير والمستأجر أن يردها على صاحبها قبل انقضاء المدة فكان فيها فسخ العقد فيدفع بشهادته ضمان الأجرة أو ضمان الرد فكان دافعًا مغرمًا.

فأما المرتهن فله أن يرد الرهن على الراهن قبل استيفاء الدين فلم تتضمن شهادته دفع مغرم ولا جرَّ مغنم.

ولو شهد المودع أو المستأجر لعبد الوديعة والمستأجر أن مولاه أعتقه أو دبره أو كاتبه والعبد يدعي ذلك جاز.

ولو شهد ببيعه لا يجوز؛ لأن البيع خروج من ملكه إلى ملك غيره فكان شهادة بإثبات الملك لغيره، والعتق إزالة ملكه وإسقاطه فكان شهادة بالحق للعبد.

ولو كان المبيع عبدًا فشهد البائعان على المشتري أنه باعه لم يجز.

ولو شهد أن مولاه أعتقه أو دبره أو كاتبه، والعبد يدعي والمولى يجحد جاز، والفرق بينهما بأن العتق إتلاف الرق على ملك مولاه، وهذا الولاء يكون له فلم

يخرج إلى ملك غيره فلم يكن هناك دفع مغرم، وفي التبري دفع مغرم وهو امتناع حق الرد عليه، وفي أدب القاضي للحسين في العتق أيضًا لا تقبل شهادة البائع لما بينا.

وفي نوادر ابن رستم عن محمد: رجلان شهدا على رجل أنه وصى فلانًا ليدفعا إليه مالًا للميت عليهما جاز.

ولو شهدا أنه وكيل فلان ليدفعا المال إليه لا يجوز.

وذكر الخصاف في أدب القاضي على عكسه وقال في الوصي: لا يجوز. وقال في الوكيل: يجوز والأول أصح؛ لأن للقاضي ينصب هذا وصيًا عن الميت بدون شهادتهما فمع شهادتهما أولى ولا كذلك الوكيل؛ لأنه لا يصح التوكيل إلا برضاء فلان.

قال محمد: رجل أوصى لفقراء جيرانه فشهد فقيران من جيرانه على ذلك جازت.

ولو أوصى لفقراء أهل بيته فشهد فقيران من أهل بيته لم تجز الشهادة أصلًا، والفرق أنه لو قسم ما أوصى في بعض فقراء جيرانه دون بعضهم جاز وبمثله في فقراءِ أهل بيته لم يجز الإخلال ببعضهم والإيصال إلى بعضهم. وفي وقف هلال رجل وقف على فقراء جيرانه فشهد رجلان من جيرانه على ذلك، أو شهدا أنه وقف على أصحاب أبي حنيفة وهما من أصحابه جازت شهادتهما.

ولو وقف على فقراء قرابته فشهد رجلان من قرابته وهما فقيران أو غنيان لم تجز شهادتهما، والفرق أن القرابة لا تنقطع، ولو افتقرا استحقا هذه الصدقة فنفس الشهادة أوجبت جر منفعة لهما ولا كذلك الجيران؛ لأنه ينقطع الجوار والمذهب بالانتقال والتحول فانظر في الجيران إلى يوم تقسم الصدقة وفي القرابة إلى يوم تخلو الغلة فكان استحقاق القريب ثابتًا وقت حدوث الغلة فتضمنت شهادته جر منفعة.

ولو شهدا أنه وقف علينا وعلى فلان ثم على الفقراء وما قبلنا وقبل فلان لا

تقبل عندهما، وعند محمد تقبل في حق فلان ويكون له الثلث والثلثان للفقراء وهي فرع ما إذا أقر المريض لأجنبي ولوارثٍ بدين وأنكر الوارث الشركة.

وفي قضايا الأصل لو شهد رجلان لرجلين بدين على الميت وشهد صاحبا الدين للشاهدين بدين لهما على الميت أيضًا جاز عندهما؛ لأنه لا شركة لهم في الدين وعند أبي يوسف لا يجوز لأنهم يشتركون في قسمة الدين.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: لو شهد رجلان لرجلين بألف درهم على رجل حي، وشهد المشهود لهما للشاهدين على هذا الرجل بألف جاز في قولهم؛ لأنه لا شركة هنا في الدين ولا كذلك في القسمة.

ولو شهد رجلان لرجلين بوصية الثلث وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية الثلث أو بعبد بعينه لم تجز شهادتهما.

ولو شهد الشاهد لهما بهذه الأمة فشهادتهما جائزة، وفي المجرد إذا كانت الوصية من جنس واحد لم تجز شهادتهم، وفي الجنسين جازت؛ لأن في الجنس صاروا شركاء فيه، وفي الجنسين لا، وشهادة الوزان على قبض رب المال إذا كان حاضرًا عند الوزن يجوز، فإن لم يكن حاضرًا لم يجز، ولا يجوز شهادة الكيال في المكيل، ويجوز شهادة الذراع في المذروع، والفرق أن ملك المشتري يتعين ويتميز بالكيل بدليل أن الزيادة تكون للبائع فهما شهدا بما تعَيُّن الملك فيه بفعلهما فتكون شهادة على فعله فلا تقبل والمذروعات للمبيع لا تتعين بالذرع بدليل أن الزيادة للمشتري فلم تقع الزيادة على فعله فجازت. استأجر رجلين لبناء دار وقد بنياها فشهدا بالدار للمستأجر قبلت الشهادة وإن استأجرهما لهدمها وقد هدماها لم تقبل شهادتهما وضمنا للمدعى عليه قيمة البناء؛ لأنه لو قبلت شهادتهما لرجعا بالضمان على الآمر فقد جرّا بهذه الشهادة منفعة لأنفسهما ولا كذلك في البناء.

(الفتاوى): قال أبو يوسف ومحمد: لو أخرج شهودًا إلى ضيعة اشتراها فاستأجر دوابا وركبوها أو أكلوا طعاما إن لم يكن لهم قوة المشي ولا طاقة الكراء تقبل شهادتهم؛ لأنه لم تقع الإجارة لأجلهم مقصودًا فلم يجرُّوا بشهادتهم نفعًا، وإن كان لهم قوة المشي أو الكراء لم تقبل شهادتهم؛ لأن الإجارة وقعت لهم مقصودًا فجروا

بشهادتهم نفعًا، وكذلك إن لم يكن هيأ الطعام لهم ولكن كان عنده طعام مهيأ فقدم اليهم فأكلوا منه قبلت شهادتهم، وإن كان هيأه لهم لا تقبل؛ لأنه لما لم يهيئ الطعام لأجلهم لم يقصد المبرة إليهم فلا يورث التهمة.

وروى ابن سماعة عن محمد: شهد زوج امرأة ورجل آخر أنها أقرت بالرق لفلان وفلان يدعي ذلك لا تقبل شهادة الزوج؛ لأنه يخبر أن نكاحها باطل ولا مهر لها عليه، فإن قال المولى أنا أدينها بالنكاح لم تجز أيضًا؛ لأنه أراد تحويل الضمان إلى غيرها، ولو كان الزوج دفع إليها المهر، فإن دفع بإذن المولى جازت شهادته وبغير إذن المولى لا يجوز.

(الجامع): وإذا شهد المستودعان لإنسان تكون الوديعة له ملكًا قبلت شهادتهما لأنهما لا يجران إلى نفسهما مغنمًا ولا دفعًا مغرمًا؛ لأنه لا ضمان عليهما وهو مؤنة الرد ولا ناقضا في شهادتهما؛ لأنه تكون هذه الشهادة منهما بيانًا أنه كان المودع وكيلًا ونائبًا في الحفظ والإيداع من المدعي فأمكنهما التوفيق فلم يصر مناقضًا.

ولو شهد المستودعان على إقرار المدعي بالمال للمودع بعدما أقام الشهادة على المال لم تقبل لأنهما يبرئان أنفسهما عن الضمان؛ لأن المال صار مضمونًا عليهما؛ لأنه ظهر أنهما كانا مودعي الغاصب ولأنهما يجران إلى أنفسهما مغنمًا وإنهما بشهادتهما يستديمان اليد لأنفسهما وسواء كان المال قائما أو مستهلكًا؛ لأن للمستحق أن يضمنهما فقد قصدا إثبات البراءة عن أنفسهما.

ولو شهدا بعد الرد على المودع قبلت الشهادة؛ لأن البراءة قد ثبتت بالرد عليه فلم تتضمن هذه الشهادة نفعًا.

ولو شهد المرتهنان لإنسان بالملك في الرهن قبلت الشهادة؛ لأنهما أبطلا حق أنفسهما ولا ضمان قبل الهلاك فانتفت التهمة.

ولو شهدا بذلك بعد الهلاك لم تقبل؛ لأن الضمان قد تحقق ووجب فهما يريدان إبطال الضمان فلا يمكنهما، وضمنا القيمة للمدعي بإقرارهما أنه له.

ولو شهد الراهنان بالملك للمدعي لا تقبل، لأنهما قصدا إبطال عقد عقداه فلم يملكا من غير رضى المرتهن فلم تقبل؛ لأنه مناقض لأيِّهما لما أقدما على الرهن

فقد أقرا بأن لهما ولاية الرهن وأنه يثبت للمرتهن حق حبس من جهتهما وبشهادتهما أقرا أنه لم يكن الأمر كذلك فصارا مناقضين فلم تقبل، كما لو باع ثم شهد أنه ملك فلان لم يقبل ويضمنان القيمة للمدعي بإقرارهما له بالضمان.

ولو شهد الغاصبان لإنسان بملك المغصوب، فلا يخلو إما أن يشهدا قبل الرد أو بعده، أو بعد الهلاك قبل القضاء بالضمان أو بعدهما، فلا تقبل شهادتهما في هذه الأوجه إلا فيما إذا شهد بعد الرد على المغصوب منه، فإنه يقبل؛ لأن المغصوب إذا كان قائما في يده فهما بهذه الشهادة يبرئان أنفسهما عن الضمان؛ لأن المغصوب يصير مضمونًا عليهما بالقيمة، وإذا كان هالكًا ولم يقض بالضمان فهما يبطلان الضمان، فإذا قضى بالضمان فهما يثبتان الملك للمدعي فيما ضمنا فيحولان هذا الضمان إلى المدعي ولهما في هذا التحويل نوع منفعة؛ لأن الثاني ربما يكون أقل منافسة في المطالبة من الأول، فأما بعد الرد تثبت البراءة عن الضمان بالرد فلا تتمكن هذه التهمة في الشهادة وكذلك المشتريان شراء فاسدًا بمثل ذلك، ولو شهد المستقرضان لإنسان بملك المستقرض لم تقبل قبل الدفع وبعده؛ لأنهما قبل الدفع يحولان الضمان للمقرض إلى المدعي، ولهما في هذا التحويل نوع منفعة لما بينا وبعد الدفع يسعيان في نقض عقد قد تم بينهما، وكذلك إن رد عين ما استقرض؛ لأن رد عينه وردّ مثله سواء، فإنه قضاء الدين وهو يريد إبطال ما قضى.

ورُوي عن أبي يوسف: إذا رد عين القرض تقبل الشهادة؛ لأن عنده الملك لا يزول في القرض إلا بعد الاستهلاك، وإذا شهد المشتري شراء صحيحًا لإنسان بعدما تقايلا العقد أو رد بالعيب بالتراضي لم تقبل الشهادة؛ لأنه عقد جديد في حق ثالث وهو يريد إبطال ذلك العقد فلا يملك به كالبائع إذا شهد لغيره بملك ما باع، وإن كان الرد بقضاء أو بغير قضاء قبل القبض أو يختارونه أو شرط قبلت هذه الشهادة؛ لأنه فسخ في حق الكل فلم يتضمن إبطال عقد تم به.

ولو نقض البيع في هذه الوجوه والثمن دين وحبسه ليسترد الثمن فشهادته مقبولة إن كان قائما؛ لأنه رهن ما في يده مما نقده من الثمن فصار كالمرتهن.

ولو شهد بعد الهلال لم تقبل؛ لأنه صار مضمونا، فإن كان الثمن عينًا والمبيع

قائم لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن المبيع مضمون عليه بقيمته لا بغيره وهو العين، ألا ترى أنه لو هلك في يده بعد الإقالة يضمن قيمته للبائع ويأخذ العين ولا تنتقض الإقالة فأشبه المغصوب، بخلاف ما لو كان الثمن دينًا؛ لأنه مضمون بغيره وهو الثمن فأشبه المرتهن وشهادة المرتهن للمدعي مقبولة.

ولو مات رجل وله على رجلين ألف درهم دين، فشهد الغريمان أن هذا الرجل ابنه لا يعلمان له وارثًا غيره، وشهد آخران لا دين عليهما لرجل آخر أنه أخ الميت لا يعلمان له وارثًا غيره قضى بشهادة الغريمين للابن؛ لأنه لا تهمة في شهادتهما، فإن للقاضي أن ينصب هذا الرجل وصيًا عن الميت في قبض ديونه من الناس وفي حفظ ماله وتثبت البراءة لهما بقبضه فلم يكن ثبوت هذه الوصاية مضافًا إلى الشهادة فلا تتمكن التهمة فيها، وإن شهد شهود الأخ بما ذكرنا قبل شهود الابن وقضى القاضي للأخ لا يقضي بشهادتهما للابن لأن الحق قد ثبت للأخ فهما يثبتان برأيه المطالبة لأنفسهما في حق الأخ فلا يقبل بخلاف ما قبل القضاء؛ لأن الدين كان قبل القضاء ملك الميت لا ملك الأخ، والأخ نائب عنه في القبض، وكذلك لو قضى الدين إلى الأخ بأمر القاضي، ثم شهدا لم تقبل هذه الشهادة لأنا لو قبلنا لثبت لهما حق الرجوع على الأخ. ألا ترى أنهما لو قضياه دنانير لا يجوز شهادتهما لما فيها من إثبات حق الرجوع على الأخ فكذا هذا.

ولو شهد الغريمان أو الوارثان أو الطالبان أو الموصيان لهما بالمال أو الوصيان أن الميت أوصى إلى هذا الرجل وقبل الوصية وموته ظاهر إن جحد الرجل الوصاية لا تقبل شهادتهما، وإن ادعى تقبل استحسانًا لا قياسًا لأنهما بشهادتهما يجرّان إلى أنفسهما نفعًا ومغنمًا. وجه الاستحسان أن للقاضي أن ينصّب هذا وصيًا عن الميت بدون شهادتهما ويجعل صيرورته وصيًا مضافًا إلى شهادته، فكان النفع حاصلًا له بشهادته فكان بشهادته يجر إلى نفسه مغنمًا فيكون في نفسه متهمًا، وإذا لم يكن موته ظاهرًا فشهدا بالموت لم تقبل إلا شهادة غريمي الميت له عليهما دين، فإنه تقبل شهادتهما لأنهما يثبتان على أنفسهما دفع مالهما إلى هذا الوصي ولا منفعة لهما في البراءة عن الأداء؛ لأنه متى ظهر كذبهما بأن جاء الميت حيا فالقاضي

ينقض قضاءه، ومن عداهما يثبت لنفسه ملكًا أو حقًّا متعلقًا بالتركة، مات وترك عبدًا قيمته ألف لا مال له غيره فأوصى بعتقه، فشهد شاهدان من ورثته لرجل على الميت بدين خمسمائة لم تقبل، فإن شهدا بدين ألف تقبل، والفرق أن الدين متى لم يستغرق العبد كان لهما نفعًا ومغنمًا في هذه الشهادة؛ لأنه لو قبلت شهادتهما يباع العبد بالدين فبطلت الوصية بالعتق فيسلم لهما ما فضل عن الدين، ومتى استغرق الدين بقيمة العبد لا يسلم لهما من بدله شيء فلم يجرّا إلى أنفسهما مغنمًا، وإن كان العبد وصية لرجل. والمسألة بحالها قبلت في الحالين؛ لأن البيع بالدين لا يبطل الوصية، لأنها بمنزلة حق الوارث، ولأنهما بهذه الشهادة يقومان حق البيع لهما وينتقل إلى القاضي.

(باب تغير حال الشاهد بعد أداء الشهادة)

ولو شهد الصبي والعبد والكافر على مسلم فردّت شهادتهم ثم شهد بعد البلوغ والعتق والإسلام تقبل، ولو ردّت شهادة فاسق وأعادها بعد التوبة، أو شهد أحد الزوجين فردّت شهادته لصاحبه فأعادها بعد البينونة، أو شهد العبد لمولاه فردّت شهادته ثم شهد بعد العتق أو المولى شهد لعبده فأعادها بعد العتق لا تقبل، والفرق أن في الأول المردود ليس بشهادة لفقد الأهلية فلم يصر مكذبًا في الشهادة شرعًا، فإذا صار من أهل الشهادة تقبل وفي الثاني المردود شهادة؛ لأن أهلية الشهادة قائمة إلا أنها ردّت بتهمة الكذب فصار الشاهد مكذبًا شرعًا في تلك الشهادة فلا تقبل تلك الشهادة أبدًا. الأعمى إذا ردت شهادته ثم أبصر فشهد بها لم تقبل، فإن شهد وهو بصير ثم عمي فردّت شهادته ثم أبصر فشهد بها لم تقبل في قياس قول أبي حنيفة.

وإن شهد عند القاضي ثم عمي قبل القضاء أو خرس أو ذهب عقله أو ارتد عن الإسلام بطلت شهادته؛ لأن الشهادة إنما تصير حجة عند اتصال القضاء بها فلا بد من قيام الحجة وقت القضاء وبحدوث هذه العوارض لم تبق الشهادة حجة وقت القضاء.

وإن حدثت هذه العوارض بعد القضاء قبل الإمضاء ففي المال يمضي وفي

الحدود لا تمضي، والفرق أن الإمضاء من القضاء من باب الحدود؛ لأن القضاء غير محتاج إليه فيما شرع القضاء له وهو ظهور الحق في حق صاحب الحق؛ لأنه ظاهر في حق صاحب الحق وهو الشرع بدون القضاء وله في حق نائبه لإثبات يمكنه من الاستيفاء؛ لأنه متمكن من الاستيفاء بدون القضاء فيتغير القضاء عدمًا حكمًا، فيكون حدوث هذه العوارض قبل القضاء حكمًا فمنع الإمضاء وفي باب المال القضاء محتاج إليه؛ لأنه لا يتمكن صاحب الحق من استيفاء حقه إلا بالقضاء، ولا تنقطع المنازعة إلا بالقضاء فكان القضاء موجودًا حقيقةً وحكمًا فحدوث هذه العوارض لا تؤثر في إبطال القضاء والقصاص كالحدود استحسانًا؛ لأن القصاص وإن كان عتق العبد لكنه مما يندرئ بالشبهة فجعل الإمضاء فيه من القضاء احتمالًا للدرء، ولو مات الشهود أو غابوا قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الإمضاء لا يمنع الإمضاء في الكل إلا في الرحم؛ لأن الشبهة المتوهمة وهو تمكن الحرج في الشهود أو الرجوع عن الشهادة غير مانعة من استيفاء الحدود؛ لأن الشبهة الموهومة ما يتوهم وجوده في المستقبل من غير أن يكون عليه دليل، وهذا التوهم لا ينقطع أبدًا ويعتريه دائمًا، فلو اعتبرنا هذا التوهم مانعًا من الاستيفاء ما أمكن استيفاء حد أبدًا فيؤدي إلى انسداد باب الحدود فلا يعتبر، ألا ترى أنه يتوهم الكذب في شهادة الشهود لكن لما لم يقم عليه دليل لم يعتبر، فكذا هذا، والموت والغيبة في الرجم يمنع الإمضاء؛ لأن البداية في الرجم إنما تجب من الشهود وبالغيبة والموت، فإن أقام الرجم، فامتنع العبد إذا حُدَّ حَدَّ القذف، ثم عتق فشهد لا تقبل، والنصراني إذا حُدَّ حَدَّ القذف ثم أسلم فشهد تقبل، والفرق أن رد الشهادة موجب القذف، فإنه من تمام الحد والنصراني حال ما قذف كان له شهادة فردت تتميمًا للحد وبالإسلام حدث له شهادة أخرى لم يكن وقت الحد، فأما العبد حال ما قذف لم تكن له شهادة فيوقف القذف موجبًا رد الشهادة على حدوث الشهادة، وإن قذف النصراني فضرب بعض الحد ثم أسلم فضرب الثاني تقبل شهادته؛ لأن رد الشهادة من تمام الحد وما ضرب بعد الإسلام ليس بحد؛ لأنه بعض الحد فرد الشهادة لا تصلح تتمة له.

(الفتاوى): رجل سمع منه الحديث ثم ارتد أو سمع رجل من نصراني حديثًا ثم أسلم هل يروي عنه؟

قال أبو القاسم الصفار: لا، ألا ترى أن نصرانيا أشهد على شهادته ثم أسلم، فإنه لا يجوز أن يشهد على شهادته. نصراني أسلم وكان فاسقًا في حال كفره، ثم شهد من ساعته بشهادة كان القياس أن تقبل شهادته لكن تتوقف فيها حتى يتبين حاله بعد الإسلام؛ لأن تهمة الكذب نافية ويصح تحمل الشهادة ممن له عقل وتمييز بفهم كلام الخصمين أو يعلم ما يفعله.

وإن كان عبدًا أو فاسقًا أو كافرًا أو صغيرًا حتى إذا زالت هذه المعاني وجدت ضدها فشهد تقبل شهادته حتى إن العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه أو المرأة لزوجها تقبل شهادته بعد العتق، والبينونة كالأعمى إذا تحمل الشهادة ثم شهد بعدما أبصر تقبل.

ولو شهد وليس بأجير ثم صار أجيرًا قبل القضاء بشهادته بطلت شهادته، وإن لم تردّ شهادته حتى خرج من الإجارة ثم أعاد الشهادة تقبل شهادته؛ لأنه زال المانع وهو دليل التهمة والميل.

وفي "نوادر ابن رستم": قال محمد: لو شهد رجل لامرأة بحق ثم تزوجها قبل القضاء بطلت الشهادة.

وذكر في (المنتقى): لو شهد لامرأته ثم طلقها وانقضت عدتها قبل القضاء تردّ شهادته، فإنه لا يقضي بها إلا أن يعيدها، فإن أعادها قضى بها.

(باب الشهادة بالتسامع)

الشهادة بالشهرة والتسامع تقبل في أربعة أشياء بالإجماع وهي: النكاح، والنسب، والموت، والقضاء؛ لأن هذه الأشياء مما يشتهر ويستفيض، والشهرة والاستفاضة أقيمت مقام العيان. والمشاهدة كالإخبار إذا اشتهرت من النبي صلى الله عليه وسلم كان بمنزلة السماع منه، ألا ترى أنا نشهد بوجود الخلفاء الراشدين وإن لم ندركهم.

ثم الشهرة في هذه الأشياء تثبت بطريقتين: إحداهما حقيقية، والأخرى حكمية.

أما الحقيقية: بأن يخبره جماعة لا يتوهم تواطؤهم على الكذب فتتابعت الأخبار واشتهرت.

وأما الحكمية: أن يشهد عند رجلان عدلان أو رجل وامرأتان بلفظة الشهادة في النكاح والنسب والقضاء؛ لأن لفظة الشهادة من اثنين توجب زيادة علم شرعًا لا توجبه لفظة الخبر حتى يثبت العلم للقاضي بلفظة الشهادة من اثنين كما ثبت بالمعاينة ولا تثبت بلفظة الخبر فقامت شهادة اثنين مقام الخبر عن جماعة لا يتوهم تواطؤهم على الكذب في إثبات الشهرة والاستفاضة حكمًا واعتبارًا، ولكن هذا إذا شهد عنده عدلان على نسب رجل من غير استشهاده وعرفا حاله وسعه أن يشهد.

وإن أقام هذا الرجل شاهدين على نسبه لم يسعه أن يشهد على نسبه، نص عليه محمد في (المبسوط)؛ لأنه لما لم يعتمد قوله في شهادته لم يعتمد على قول من اعتمد هذا الرجل على قوله، وفي الموت تثبت الشهرة بخبر الواحد العدل رجلًا كان أو امرأة ولا يشترط فيه لفظة الشهادة؛ لأن الموت قد يتفق في موضع لا يحضره إلا الواحد فلو لم تثبت الشهادة بقول الواحد لضاعت الحقوق المتعلقة بالموت، فلهذه الضرورة تثبت الشهرة بقول الواحد، ولأن في اشتراط العدد في الموت حرج؛ لأنه لا يقوم بمباشرة أسبابه من الغسل وغيره إلا واحد وليس في اشتراط العدد في النكاح وغير ذلك حرج؛ لأنه يقع بين جماعة، فلو شرطنا العدد لا يؤدي إلى إبطال الحقوق المتعلقة به، ولم يشترط لفظة الشهادة من الواحد؛ لأنه لا يفيد زيادة علم شرعًا من الواحد، ولهذا لا يحل القضاء بشهادة الواحد.

ولو جاء خبر موت إنسان فصنعوا ما يصنع على الميت لم يسعك أن تشهد بموته حتى يخبرك ثقة أنه عاين موته؛ لأن المصائب قد تتقدم على الموت إما خطأ أو غلطًا أو حيلة لقسمة المال فلا تسمع الشهادة عليه ما لم يثبت الموت بخبر من يثق به والشهادة في الأملاك والطلاق والعتاق لا تحل بالشهرة والتسامع خلافًا للشافعي.

والصحيح قولنا؛ لأن القياس يأبى جواز الشهادة في جميع الحوادث إلا بوقوع العلم للشاهد إما بالمعاينة أو الإقرار العري عن التهمة لكن تركنا القياس في بعض الحوادث التي يشتهر وقوعًا ودوامًا والأملاك والطلاق والعتاق مما لا يشتهر وقوعا لا يستفيض دواما فلا يجوز الشهادة فيه بالتسامع ولا تقبل الشهادة على الولاء بالتسامع عندهما[1].

وعند أبي يوسف أجزأ يقبل. له: أن الولاء بمنزلة النسب لقوله عليه السلام: "**الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ**"[2].

ثم الشهادة بالتسامع في النسب مقبولة فكذلك في الولاء؛ لأن له حكم النسب ألا ترى أنا نقول نافع مولى بن عمر وعكرمة مولى ابن عباس.

لهما: أن الولاء يثبت بالعتق والعتق يوقع على سبيل الحقية، والأحقاء في العرب أصل والإشهار والإظهار مكروه، ولهذا الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل.

وأما الشهادة بالشهرة والتسامع في الوقف قيل لا يجوز؛ لأن الوقف قربة والأحقاء بالقرب أكثر من الإعلال لها، وقيل: يجوز وهو الصحيح؛ لأنه لو لم يجز أدى ذلك إلى استهلاك الأوقاف القديمة. شهدا أن فلان بن فلان مات وأن هذا ابن أخيه ووارثه فقضى القاضي بالنسب والإرث، ثم أقام آخر البينة أنه ابن الميت ووارثه ينقض الأول ويقضي للثاني؛ لأن الابن مقدم على ابن الأخ ولا تنافي بين الأول والثاني، فإن الإنسان يجوز أن يكون له ابن أخ وله ابن أيضًا فينقض القضاء في حق الميراث لا في حق النسب حتى يبقى الأول ابن عم له حتى يرث منه إذا مات ولم يترك وارثًا آخر أقرب منه، فإن أقام الثاني البينة أن الميت فلان ابن فلان ونسبه إلى أب آخر غير الأب الذي نسبه إلى الأول، فإنه ينظر أنه إن ادعى أن

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٦٨/٢، ٦٩ وحاشية الدسوقي ٤٩٤/١، والميزان للشعراني ١٧/٢، والمغني ٥١٩/٢.

(٢) أخرجه الشافعي (٣٣٨/١)، وابن حبان (٣٢٦/١١، رقم ٤٩٥٠)، والحاكم (٣٧٩/٤، رقم ٧٩٩٠).

ابن أخيه لا ينقض القضاء الأول؛ لأنه لما ثبت نسبه من الأول خرج من أن يكون محلًا لإثباته من إنسان آخر، وليس في البينة الثانية زيادة إثبات فالبينة الثانية قامت في غير محله فلا تقبل، ألا ترى أن رجلين تنازعا في مولود فأقام أحدهما البينة وقضى القاضي له بالولد ثم أقام الآخر البينة لا تقبل بينة الثاني، وكذلك لو تنازعا في نكاح امرأة فأقام أحدهما البينة وقضي له بالنكاح ثم أقام الآخر البينة لا تقبل بينة الثاني، فإن ادعى الثاني أنه ابنه أو أبوه تقبل بينته وينقض القضاء الأول في حق الميراث والنسب جميعًا؛ لأنه لا يتصور أن يكون للولد أبوان حقيقة؛ لأن الولد انخلق من ماء أحدهما فتعذر العمل بهما في حق ثبات النسب حقيقة وفي البنوة والأبوة فوجب العمل ببينة الابن أو الأب؛ لأن في بينته زيادة إثبات نسبه في بينة ابن الأخ؛ لأن للابن زيادة قرب لم يدعيه الأخ، فصار الابن منفردا بهذه الزيادة فصار سابقًا عليه في إثبات الزيادة، فترجحت بينته لسبب إثبات الزيادة فيها. رجلان ادعى كل واحد منهما ولاء رجل ميت وأقاما بينة أن فلان الميت كان عبدًا له وأنه أعتقه وأنه مولاه ووارثه قضيت بالولاء والميراث بينهما نصفين؛ لأن الولاء مما يحتمل الاشتراك فصار كالأموال، ولو أقام أحدهما بينة على ذلك وقضى بالولاء والميراث له، ثم أقام آخر بينة على مثل ذلك لا تقبل بينة الثاني؛ لأن القاضي قضى بكل الولاء للأول، فبينة الثاني قامت على إبطال قضاء الأول؛ لأن إثبات كل الولاء لكل واحد منهما متعذر؛ لأن العتق من كل واحد على الكمال متعذر فلا يسمع، وصار هذا كالنسب في النكاح إذا أقام أحدهما بينة وقضى له، ثم أقام آخر بينة على مثله لم يسمع فكذا هذا.

(النوادر): ذكر في "نوادر ابن رستم": قال أبو حنيفة: إذا سمعوا من الناس النكاح ولم يشهدوا النكاح جاز لهم أن يشهدوا به فيما بينهم وبين ربهم، ولكنهم لو أخبروا القاضي بذلك، ولم يحضروا لم تقبل شهادتهم فيه.

وأما في المهر؛ فعن محمد روايتان:

في رواية لا يجوز لهم أن يشهدوا على تسمية الصداق بالأمر الظاهر بالسماع إلا أن يشهدوا على شهادة من حضره.

وفي رواية هشام يسعهم أن يشهدوا بالمهر إذا أخبروهم أنها زوجته على كذا وكذا من المهر.

والشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع اختلفوا فيه؛ قيل: يجوز؛ لأن هذا أمر يشهر ويتعلق به أحكام مشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الإحصان.

(باب الشهادة بظاهر اليد)

الشهادة على ملك اليمين لا تصح بالتسامع إلا إذا عاين: سبب الملك، أو دليل الملك.

وسبب الملك: الشراء من مالكه أو الإرث منه أو غيرهما، فيحل لمن عاين السبب أن يشهد بالملك للثاني.

فأما دليل الملك ذكر محمد في (المبسوط): اليد حتى لو رأى شيئًا في يد إنسان حل له أن يشهد بالملك له.

وقال الشافعي: اليد مع التصرف وبه أخذ الخصاف.

وقال أبو يوسف: إذا رآه في يده إنما يحل له أن يشهد بالملك له إذا وقع في قلبه أنه ملكه، أما إذا لم يقع فلا، ويجوز أن يكون هذا قول الكل حتى إنه إذا كان في يده شيء والناس يقولون إنه ملكه وهو يتصرف فيه لكن وقع في قلب الرأي أنه ملك غيره وهو يتصرف بأمره لا يحل له أن يشهد بالملك له فصار دليل الملك اليد مع الوقوع في قلبه أنه ملكه وبه يأخذ؛ لأن يده محتملة أوجهًا: شيء يحتمل أنها كانت يد ملك أو يد وديعة أو عارية أو إجارة فلا يتعين يد ملك مع هذه الاحتمالات إلا إن انضمت إليها شهادة القلب وعليه الظن فإنها ضرب حجة في الشريعة فترجحت يد الملك بهذه القرينة المرجحة فحل له الشهادة.

وذكر في (الجامع الصغير): رجل في يديه شيء سوى العبد والأمة، فإنه يسعه أن يشهد أنه له.

وفي العبد والأمة روايتان: عن أبي حنيفة على رواية أبي يوسف أنه يحل له أن يشهد.

وعلى رواية (**الجامع الصغير**): عن محمد عن أبي حنيفة أنه لا يحل.

وجه رواية أبي يوسف: أن يد المولى ثابتة على العبد والأمة تصرفًا وتقلبًا واليد المنصرفة المنقلبة العارية عن المنازعة من أقوى دليل واضح على الملك.

وجه رواية محمد أن الحرَّ قد يخدم الحر طوعًا واختيارًا منه كما هو عبده عادة أو يخدمه عبد غيره بالإجارة فصارت اليد متعارضة فلا تصلح اليد فيهما دليل الملك حتى لو عرف أنه رقيق يسعه أن يشهد بالملك له بحكم اليد وهذا إذا كانا يعبران عن أنفسهما، فإن كانا لا يعبران عن أنفسهما يسع للرأي أن يشهد أنه عبده نص عليه في (المنتقى).

ثم المسائل على أربعة أوجه:

إما أن يكون عاين المالك والملك جميعًا، أو لم يعاينهما، أو عاين المالك دون الملك، أو على عكسه.

أما إذا عاينهما الملك بحدوده والمالك بوجهه أو عرفه نسبه بسبب الملك إليه يحل له أن يشهد بالملك.

له: إذا وقع في قلبه أنه ملكه؛ لأنه يحقق دليل الملك.

ولو لم يعاينهما لم يحل له أن يشهد، فإن عاين المالك دون الملك يحل له أن يشهد بالملك له، وإن عاين الملك دون المالك بأن عاين ملكًا بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعاينه فالقياس أن لا يحل؛ لأن هذه الشهادة بالملك للمالك.

ثم الجهالة في المشهود به منع حل الشهادة، فالجهالة في المشهود له وجب أن تمنع الشهادة وفي الاستحسان يحل؛ لأن نسب المالك مما تثبت بالشهرة والتسامع فتعين المالك ضرورة.

لنا: السبب والملك معروف ومشهور به فترتفع الجهالة لكن إنما تقبل الشهادة على الملك إذا لم يفسر الشاهد عند القاضي وأطلق أما إذا فسر فلا كما قلنا في الشهادة على الموت بالتسامع.

(**المنتقى**): إذا شهدوا أنه مات على هذه الدابة فهو ميراث ولو شهدوا أن أب هذا المدعي مات وهذه الدار كانت له يوم مات أو شهر مات أو سنة مات فهو جائز له، ولو رئي على حمار يومًا لم يشهدوا أنه له لاحتمال أنه ركبه بالعارية.

ولو رآه على حمار خمسين يومًا فأكثر ووقع في القلب أنه له وسعه أن يشهد أنه له؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يركب دابة مدة كبيرة إلا بالملك.

(باب الشهادة على الأبوين)

وتقبل الشهادة على الأب ولا تقبل له؛ لأن التهمة متمكنة في الشهادة له؛ لأنه يؤثر أبويه على الأجنبي منتفية في الشهادة عليه؛ لأنه لا يؤثر الأجنبي عليه. رجل وامرأته ولدت ولدًا فادعت أنه من زوجها هذا وجحد الزوج ذلك فشهد أبوه وابنه على أنه أقر الزوج أنه من هذه المرأة تقبل شهادتهما لأنهما يشهدان عليه.

ولو شهد أبـو المرأة وحدها على إقرار الزوج بذلـك لم تقبـل لأنهما يشهدان عليه.

ولو ادعى الزوج ذلك وجحدت المرأة فشهد عليها أبوها وجدها أنها ولدت منه أو أنها أقرت بذلك فيه روايتان في دعوى المبسوط في رواية لم تجب شهادتهما لأنهما يشهدان لولديهما وفي رواية تقبل شهادتهما.

وذكر نحوه في نوادر ابن رستم قال محمد: رجل شهد لابن ابنه على أبيه تقبل شهادته؛ لأنه حين شهد عليهما لم يصر جدًّا لولدهما، وإنما يصير جدًّا بعد حكم الحاكم بشهادته فحينئذ يصير جدًّا بموجب الشهادة والشيء لا ينفي موجب نفسه، يدل عليه أن الحوالة لما أوجبت براءة المحيل لم تجعل كأن البراءة متقدمة على الحوالة؛ لأن هذه البراءة موجب الحوالة فلا تنفي موجب نفسها.

(الجامع): أصله أن الشهادة تنزه عن الجناية وتصان عن التهمة؛ لأنها من باب الأمانة. شهادة ولد الملاعنة وولد أم ولده المولود على فراشه إذا نفاه لا تقبل للنافي؛ لأن نسب هذا الولد كان ثابتًا من الزوج والمولى قبل اللعان والنفي من حيث الظاهر بحدوثه على فراشه، وباللعان والنفي إن انقطع النسب في حق بعض الأحكام وهو الميراث، والنفقة لم تنقطع في حق بعض الأحكام وهو عدم قبول الشهادة وحرمة المناكحة ووضع الزكاة فيه وفساد دعوة الغير حتى لو ادعى إنسان آخر هذا الولد لم تصح دعواه، وإن صدقه الولد والملاعن، وإن ادعاه الملاعن

يثبت نسبه منه، وإنما نفيا النسب في حق هذه الأحكام احتياطا لأمر الحرمة لأنها مما يحتاط فيها، ولهذا تبطل بالشبهات فكذلك في الشهادة؛ لأنها مبنية على الاحتياط، والأمانة مصونة عن التهمة والخيانة. أمة جاءت بولدين توأمين باع المولى أحدهما وأعتقه المشتري، ثم شهد المعتق وآخر للبائع جازت الشهادة؛ لأنه بسبب هذا الولد لم يكن ثابتًا من البائع قبل البيع؛ لأنه لم يحدث على فراشه لعدمه، ولهذا لو ادعى المشتري هذا الولد صحت دعواه، فإن ادعى البائع بعد ذلك الولد الذي في يده انتقض العتق وبطلت الشهادة؛ لأن ثبوت نسب أحدهما لا ينفك ولا ينفصل عن الآخر؛ لأنهما توءمان تخلقا من ماء واحد. فمتى ثبت نسب الذي في ملكه منه ثبت نسب الآخر منه ضرورة، فإذا ثبت النسب فيهما ممن ضرورته انتقاض البيع، الأصل أنه ينظر إن شهد بما يدعيه أبواه ولهما في ذلك جر منفعة وجر غنيمة سوى تصديقهما في الدعوى كان شاهدًا لهما فلا تقبل، وإن لم يكن لهما فيها جلب منفعة سوى مجرد تصديقهما في الدعوى لا تقبل عند أبي يوسف خلافًا لمحمد لما تبين، وإن شهد بما يجحده إن كان عليه في ذلك مضرة محضة لا تقبل؛ لأن المنفعة متى كانت مشوبة بالمضرة لا يكون الجاحد متعنتًا في الجحود فلا تكون المنفعة حاصلة بشهادة الولد؛ لأن الشهادة مع الجحود لم تشرع موجبة له حقًّا، ومتى كانت منفعة محضة يكون الجاحد متعنتًا في الجحود فيجعل مدعيًا حكمًا؛ لأنه لا عبرة لتعنته. رجلان شهدا على أبيهما أنه طلق أمهما ثلاثًا والآن جحد، فإن كانت الأم تدعي الطلاق لا تقبل، وإن كانت تجحد تقبل؛ لأن لها فيها منفعة عود تصنعها إلى ملكها وخلاصها عن ذل الاستفراش لكنها منفعة مجحودة مشوبة بالمضرة، فإنه يفوتها منفعة اقتضاء الشهوة والنفقة والمنفعة متى كانت مجحودة مشوبة بالمضرة لا تمنع قبول الشهادة، ثم هذه الشهادة إنما تقبل بدون الدعوى؛ لأنها قامت على تحريم الفرج، فإنه من حقوق الله تعالى.

ولو شهدا لأبيهما على امرأة له أنها قد ارتدت عن الإسلام ينظر، إن كانت أمهم حية لا تقبل؛ لأنه إن كان الأب يدعيه، فلأنهما يشهدان لأبيهما بسقوط جميع الصداق إن كان قبل الدخول بها وسقوط نفقة العدة إن كان بعد الدخول، وإن كان

يجحده فلأنهما يشهدان لأمهما بتحويل ما كان للمرأة من القسم إلى أمهما وهذه منفعة محضة للأم، وإن كانت مجحودة فمنعت قبول الشهادة، وإن كانت أمهم ميتة لا تقبل إن كان الأب مدعيًا لما بينا، وإن كان جاحدًا يقبل؛ لأن منفعة سقوط نصف الصداق قبل الدخول وسقوط العدة منفعة مجحودة مشوبة بالمضرة فلا يمنع قبول الشهادة، ولو شهدا على الأب أنه خالع امرأته على الصداق والأب يدعي لا تقبل؛ لأن له فيه منفعة سقوط الصداق وسقوط نفقة العدة، وإن كان جاحدًا تقبل؛ لأن هذه منفعة مجحودة مشوبة بالمضرة وهي زوال ملك النكاح.

وكذا لو شهدا عليه بالبيع وهو يجحد. رجل له امرأتان وله من إحديهما خمسة بنين فشهد أربعة منهم على أخيهم أنه زنا بامرأة أبيهم فهو على قسمين: إما أن كانت المرأة مدخولًا بها أو لا، وكل قسم لا يخلو إما أن كانت المرأة مطاوعة أو مكرهة، وكل وجه على أربعة أوجه: إما إن كانت الأم حية أو ميتة والأب جاحد لذلك، أو مدع فصارت المسألة على ستة عشر وجها:

أما القسم الأول: وهو ما إذا لم تكن المرأة مدخولا بها، فإن كانت مطاوعة وأمهم حية والأب مدع لذلك أو جاحد لا تقبل شهادتهما؛ لأن الشهادة تقع للأب إن كان مدعيًا من حيث إسقاط المهر عنه، والفرقة وقعت والقسم والفراش خلص للأم بإقرار الأب لا بشهادتهم، وإن كان جاحدًا فالشهادة تقع للأم؛ لأنه يتحول القسم وخلص الفراش إلى أمهم بشهادتهم لا بإقرار الزوج، ولها في ذلك منفعة محضة لا تسويها مضرة؛ لأنه يندفع عنها ضرر الضرة وصار كما لو شهد ابناه على طلاق ضرة الأم وهي حية لا تقبل لِجر المنفعة، فإن كانت الأم ميتة إن كان الأب يدعي لا تقبل شهادتهم، وإن كان يجحد تقبل؛ لأنه إن كان يدعي الشهادة وقعت له من حيث إنه يسقط عنه جميع المهر عن ذمته فينتفع الأب بشهادتهم، وإن كان يجحد فالشهادة قامت على الأب من حيث إسقاط ملك النكاح عن المشهود عليها بالزنا، ومنفعة سقوط المهر منفعة مجحودة مشوبة بالمضرة فلا يمنع قبول الشهادة هذا كله إذا كانت مطاوعة غير مدخول بها، فأما إذا كانت مكرهة غير مدخول بها تقبل شهادتهم إلا في فصل، وهو ما إذا كانت الأم حية والأب يجحد؛ لأن الفرقة

وقعت بإقرار الأب لا بشهادتهم، والمهر لا يسقط عن الأب متى كانت مكرهة؛ لأن الفرقة ما جاءت بمعنى من جهتها فلم تقع الشهادة لأبيهم ولا لأمهم إلا إذا كانت الأم حية والأب جاحد، فالشهادة وقعت للأم وهو خلوص الفراش والقسم لها بشهادتهم.

وأما **القسم الثاني**: وهو ما إذا كانت المرأة مدخولا بها، فإن كانت مطاوعة لا تقبل شهادتهم إلا في فصل واحد وهو ما إذا كانت أمهم ميتة والأب يجحد ذلك؛ لأن الأب إن كان يدعي فالشهادة وقعت للأب؛ لأن الفرقة وإن وقعت والفراش، وإن خلص للأم بإقرار الأب ولا يسقط شيء من المهر عنه إلا أنه يدعي سقوط نفقة العدة، فإنه يقول الفرقة وقعت من جهتها بسبب هي عاصية في ذلك، والأب لا يصدق في ذلك من غير تصديق المرأة إلا ببينة، وإن كان الأب يجحد فالشهادة وقعت للأم؛ لأن الفراش والقسم خلص لها، وإن كانت الأم ميتة والأب يجحد فالشهادة قامت على الأب، وما يحصل للأب من سقوط نفقة العدة فتلك منفعة مجحودة مشوبة بالمضرة فلا يمنع قبول الشهادة، وأما إذا كانت مكرهة تقبل شهادتهم إلا في فصل وهو ما إذا كانت الأم حية والأب يجحد ذلك؛ لأنها متى كانت حية والأب يدعي فالفرقة وقعت بإقرار الأب والفراش خلص للأم بإقراره أيضًا لا بشهادتهم، وإن كانت ميتة لا ينتفع بشيء ولا يسقط المهر ولا نفقة العدة متى كانت مكرهة فلم تقع الشهادة للأب ولا للأم إلا إذا كانت الأم حية والأب يجحد لا تقبل شهادتهم؛ لأنهم شهدوا للأم خلوص الفراش والقسم لها وإن لم تدع الأم هذه المنفعة؛ لأنها منفعة محضة لا تسويها مضرة. جارية لرجل شهد ابناها الحران البالغان أن مولاها أعتقها على مال وهي تدعي لا تقبل، وإن كانت منكرة تقبل؛ لأن ملكها رقبة منفعة مشوبة بالمضرة وهي وجوب المال عليها فلم يمنع قبول الشهادة متى كانت مجحودة ومنعت متى كانت مطلوبة، وفي العبد لا تقبل عند أبي حنيفة خلافًا لهما؛ لأن الشهادة قامت على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى عنده خلافها لهما. جارية ادعت أن مولاها باعها من هذا الرجل بألف وأنه أعتقها وأنكر المولى فشهد ابناه جاز، ولو ادعى الأب البيع وعتاق المشتري لم يقبل

ويعتق الجارية بإقراره؛ لأن ما يحصل للأب من المنفعة وهي الثمن فتلك منفعة مشوبة بالمضرة فلا يمنع قبول الشهادة متى كانت مجحودة ومنعت متى كانت مطلوبة. ادعى أنه اشترى هذه الجارية من فلان بمائة دينار وقبضها وفلان كان اشترى من ذي اليد هذا بألف وقبضها وأنكر ذو اليد فشهد ابناه بذلك كله قضى بالبيعين للبائع على الأول بألف وللأول على الثاني بمائة دينار؛ لأن في زعم البائع الأول والمشتري الأول أن الشهود شهدوا بزور ولم يجر بينه وبين المشتري الأول بيع وقضى القاضي بالبيع بشهادة الزور بمنزلة بيع مستقبل عندهما ففي زعمهما أنه يثبت بيع مستقبل بقضاء القاضي فصار كالمدعي للثمن، وعلى قول محمد لا يكون لهما أن يأخذا ذلك؛ لأن عنده لم يثبت بيع مستقبل بقضاء القاضي، وإن صدقهم البائع الأول ثبت البيعان ويطلب الشهادة في حق الثاني لأنهما يشهدان لأبيهما بثمن الجارية على المشتري الأول والأب يدعي ذلك، ويأخذ المشتري الآخر الجارية بإقرار البائع أنها له؛ لأنه أقر أنه باعها من الأول والأول باعها من الثاني وصارت الجارية ملكًا له فيؤمر بالرد عليه ولا شيء على المشتريين؛ لأنه لم يبعها من المشتري الآخر وأنكر الشراء المشتري الأول، وإن كان الثمن ألف وخمسمائة فكذلك إن كانت الجارية مقبوضة، وإن كانت غير مقبوضة للمشتري الآخر من الأول فالقياس أن يأخذ المشتري الآخر الجارية ولا يعطي ثمنًا؛ لأن الذي في يده الجارية زعم أنه لم يبع الجارية من المشتري الآخر إنما باعها من الأول فلا يكون له حق الحبس كما لو كان الثمنين من جنسين مختلفين. وفي الاستحسان يقبض المشتري الآخر من البائع الأول ويعطيه ألف درهم من الثمن الذي أقر به للمشتري الأول؛ لأن بيع المشتري الآخر إنما يثبت بتصديق البائع الأول، فإنه لو لم يصدق المشتري الآخر فيما ادعى لكان لا يثبت بيعه، ولا تسلم الجارية للمشتري الآخر فكان بائعًا الجارية من المشتري الآخر فكان له حق حبس الجارية لاستيفاء الثمن، وإن كان الثمن الثاني دنانير أخذها المشتري الآخر مجانًا؛ لأن البائع الأول لا يدعي قبله حقًّا ولا يأخذ الدنانير قصاصًا بالدراهم.

(باب ما يَسَع الشاهد [الامتناع][(١)] من أداء الشهادة وما لا يسع)

(المنتقى): رجل طلب منه أن يكتب شهادة أو يشهد على عقد، فإن كان الطالب يجد غيره فللشاهد أن يمتنع وإلا فلا يسعه الامتناع ويلحقه المأثم؛ لأنه ليس في الأول تضييع الحقوق، وفي الثاني تضييع الحقوق.

هشام عن محمد: رجل له شهود كثيرة فدعا بعضهم ليقيم الشهادة وهو يجد غيره ممن تقبل شهادته يسعه أن يمتنع، وإن لم يجد غيره ممن تقبل شهادته أو كان يجد ممن تقبل شهادته، ولكن هذا الشاهد شهادته أسرع قبولًا لا يسعه أن يمتنع عن الأداء لما قلنا.

وذكر الخصاف: لو سمع رجل من رجل إقرار الآخر وقالا: لا يشهد علينا بما يسمع منا ثم طلب المقر له منه الشهادة، من العلماء من قال لا يحل له أن يشهد؛ لأن الشهادة أمانة وقد منعاه عن تحمل الأمانة وعند علمائنا تحل له الشهادة؛ لأنه حصل له العلم، فلو امتنع عن الشهادة صار كاتمًا للشهادة، ولا يجوز له أن يكتم الشهادة؛ لأنه منهي عنه ويجوز شهادة المختبئ، وصورتها: إذا كان لرجل على آخر حق فيقر في السر ويجحد في العلانية، وعجز صاحب الحق عن الوصول إلى حقه فاحتال لذلك فأخفى قومًا من العدول في بيته، ثم استحضر من عليه الحق فأقر به لكن سرا فخرج وسمع الشهود حل لهما أن يشهدوا عند علمائنا؛ لأن العلم قد حصل وقيل لا يحل؛ لأن فيه تدليس وغرور ولكن إنما تجوز هذه الشهادة إذا كان الشهود يرون وجهه ويعرفونه، فإن كانوا لا يرون وجهه، ولكن يسمع كلامه لا يحل لهم أن يشهدوا، فإن شهدوا وفسروا للقاضي شهادتهم إلا إذا أحاطوا علمًا به، بأن رأوه دخل بيتًا وعلموا أنه ليس في البيت غيره، وليس لهذا البيت مسلك آخر وسمعوا إقراره بحيث لا يشتبه عليهم حاله يحل لهم الشهادة.

وكذلك رجل سمع صوت امرأة وراء الحجاب، فأقرت وشهد عنده اثنان أنها

(١) ما بين المعكوفتين في (س): أن يمتنع.

فلان إن رأى شخصها جاز له أن يشهد على إقرارها وإن لم ير شخصها لا يجوز.

قال أبو حنيفة: لا يجوز الشهادة على امرأة إذا لم يعرفها حتى يشهد عنده جماعة.

قال أبو يوسف: إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة جاز؛ لأن الشهادة على المجهولة باطلة.

ولو شهد عدلان عند شاهدي النكاح أن زوجها طلقها ثلاثًا أو عند شاهدي شراء عبد أن البائع كان أعتقه لا يحل لشاهدي النكاح والشراء أن يشهدا به.

ولو شهد عدلان عند شاهدي الملك للمدعي أنه قد باع من صاحب اليد يحل لشاهدي الملك أن يشهدا بالملك للمدعي، ولا يلتفت إلى شاهدي البيع، والفرق أن بعد البيع يجوز العود إلى قديم ملكه بالفسخ والإقالة، فالشهادة بالبيع لم تورث تهمة في الشهادة بالملك، فأما بعد العتق والطلاق الثلاث لا يتصور العود إلى قديم ملكه فأورث شبهة عدم الملك فلا يسع له الشهادة بالملك.

ولو شهد عدلان عند شاهدي الدين أن المديون قضاه، قال محمد: يشهدان أنه كان ذلك عليه، ولا يشهدان أن ذلك عليه هكذا ذكر الخصاف في أدب القاضي.

وذكر هشام في "نوادره": قال محمد: إن شاء شهدا بذلك، وإن شاء لم يشهدا وأخبرا الحاكم بشهادة الدين وبمن أخبرهما بالقضاء.

وذكر في (المنتقى): إذا شهد رجل بحق لرجل على آخر ثم أخبره عدلان أنه قضاه حقه فليس له أن يمتنع من الشهادة إذا سأله الطالب أن يشهد له بحقه؛ لأنه ليس إليه أن يسمع من الشهود وأن يحكم به.

وكذلك إن شهد على نكاح امرأة ثم أخبره رجلان عدلان أنه قد طلقها وجحدت المرأة النكاح فسأله أن يشهد له لم يكن له أن يمتنع من الشهادة، ولو كان الطالب أخبره بالطلاق أو بالقبض ثم دعاه إلى تلك الشهادة لم يشهد بها؛ لأن إقراره صدق في حقه.

وذكر الحسن في أدب القاضي: إن دعاهما المدعي إلى أداء الشهادة فقالا ليست عندنا شهادة فيما يدعيه، ثم شهدا له بذلك الحق تقبل شهادتهما، ثم إنه يقول

الشاهد نسيتها ثم ذكرتها، وكذلك لو قالا: كل شهادة نشهد بها لفلان على فلان فهي زور ثم شهدا تقبل شهادتهما إن قالا لم نذكرها حيث قلنا: ليس لك عندنا شهادة ثم تذكرنا بعد ذلك.

وذكر الفقيه أبو الليث في (نوازله): لو أنكر الشاهد الشهادة ليس للقاضي أن يحلّفه؛ لأنه متى احتاج إلى التحليف حتى يشهد فلو شهد لا تقبل؛ لأنه يصير فاسقًا بكتمان الشهادة. رجل عنده شهادة لرجل وهو محدود في قذف أو عبد يسعه أن يشهد ويكتم أنه عبد أو محدود حتى يقضي للمشهود له بالمال الذي يدعيه؛ لأن قبول شهادته مجتهد فيه فيسعه أن يشهد.

ولو كان قاض محدود في قذف لم يسعه أن يقضي على وجه الحكم ويكتم أنه محدود ولكنه ينزعه من يد الغاصب حتى يدفعه إلى الطالب بمنزلة من ليس بقاض فيكون معينًا للطالب بأخذه؛ لأن المحدود والعبد ليسا من أهل القضاء حتى لا ينفذ قضاؤهما بالإجماع، ولكنهما من أهل الشهادة في الجملة. رجل كانت عنده شهادة ووقعت الخصومة إلى قاض غير عدل يسعه أن يكتم الشهادة حتى يشهد عند قاض عدل. رجل كتب صكًا في بيع أو إجارة أو وقف، وشهد الشهود عليه بذلك، ثم قال ما علمت المكتوب في الصك أو قال الواقف: وقفت على أني متى أحتاج إليه أبيعه ولم يعلم أن الكاتب لم يكتب في الصك هذا الشرط ينظر إن قرئ عليه الصك وهو يحسن العربية وكتب فيه وقف صحيح وبيع صحيح وأقر هو بجميع ما فيه لا يقبل قوله؛ لأنه أقر بوقف وبيع صحيح، والوقف مع هذا الشرط لا يكون صحيحًا، وكذا إقراره بالبيع بدون علمه بما فيه، وإن كان أعجميًا لا يعرف العربية ينظر إن شهدا أنه قرئ عليه بالفارسية وأقر بجميع ما فيه لا يقبل قوله، فإن لم يشهدوا بذلك يقبل. وقف على مكتب في قرية وعلى معلم ذلك المكتب فغصب رجل هذا الوقف فشهد بعض أهل هذه القرية على وقفها، وليس لها ولأي الشهود أولاد في المكتب جازت شهادتهم؛ لأن الشهادة ما وقعت لهم، وكذلك لو شهد بعض أهل المسجد.

(باب اختلاف الشهادات والمنطق)

فيه فصلان:

فصل في الاختلاف في الزمان والمكان.

وفصل في الاختلاف في المنطق والبيان.

(فصل)

أصله: أن اختلاف الشاهدين في الأوقات والبقاع والإنشاء والإقرار فيما هو مجرد القول لا يقدح في الشهادة إلا إذا كانت صيغة الإنشاء تخالف صيغة الإقرار، فإنه يمنع قبول الشهادة، كما في القذف لما تبين وفيما هو مجرد الفعل يقدح في الشهادة، وفيما هو فعل غير مقصود لا يقدح في الشهادة؛ لأن القول فيما يقع فيه التكرار فيجعل الثاني اختيارًا عن الأول وتكرارًا توفيقًا بينهما وتلفيقًا، وكان المقول أولًا هو المحكيّ ثانيًا فكان المشهود به شيئًا واحدًا، فأما الفعل الواحد لا يقع فيه الإعادة والتكرار فيكون المفعول أولًا غير المفعول ثانيًا، فلا يمكن أن يجعل الثاني اختيارًا عن الأول فكان المشهود به مختلفًا، ثم الاختلاف لا يخلو إما أن يكون في الإنشاء والإقرار، أو في السبب والجهة، أو في الوقت والمكان. أما الاختلاف في الإنشاء والإقرار:

لو شهد أحدهما بالقتل وشهد آخر بالإقرار بالقتل، أو شهد أحدهما بالغصب والإتلاف والآخر بالإقرار به لا تقبل؛ لأن اختلافهما في الإنشاء والإقرار وقعا في الفعل فمنع قبول الشهادة.

وكذلك لو شهد أحدهما أنه قتله عمدًا بالسيف والآخر أنه قتله بالسكين لم يقبل؛ لأن الفعل لم يتكرر باختلاف الآلة.

ولو شهد أحدهما بالبيع والآخر بالإقرار به أو أحدهما بالإقراض والآخر بالإقرار به تقبل، وكذلك في الطلاق والعتاق بأن شهد أحدهما بالإيقاع والآخر بالإقرار به؛ لأن صيغة الإنشاء والإقرار في هذه التصرفات واحدة، فإنه يقول في الإنشاء بعت وأقرضت وفي الإقرار كتب وبعت وأقرضت فلم يمنع قبول الشهادة.

ولو شهد أحدهما بإنشاء القذف والآخر بالإقرار به لا يقبل، وإن كان قولًا؛ لأن في القذف صيغة الإنشاء يخالف صيغة الإقرار، فإنه يقول في الإنشاء رأيت أو ما رآني وفي الإقرار يقول كتب قذفه وهما مختلفان؛ لأن أحدهما قذف مبتدأ والآخر حكاية عن القذف.

وأما الاختلاف في السبب بأن يشهد أحدهما بالهبة والآخر بالصدقة لا تقبل لأنهما يشهدان بعقدين مختلفين.

ولو ادعى على رجل بألف درهم فشهد أحدهما على خمسمائة من ثمن عبد قد قبضه وشهد الآخر علي خمسمائة من ثمن متاع قد قبضه، فإنه يقضي بخمسمائة بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه اشترى منه هذا العبد ونقده الثمن، وشهد آخر أنه وهبه منه وسلمه إليه لا تقبل، والفرق أن في حق العين الملك بسبب يخالف الملك بغير سبب، فإن الملك بغير سبب يكون ثابتًا من الأصل حتى يستحق بروايتهما المنفصلة ويرجع الباعة بعضهم على بعض والملك لسبب لا يكون ثابتًا من الأصل حتى لا يستحق الرواية المنفصلة ولا يرجع الباعة بعضهم على بعض بل ملكا حادثًا فتعذر القضاء بالملك لسبب لاختلافهما فيه وتعذر القضاء بغير سبب لأنهما لم يشهدا به.

فأما في حق الدين الثابت في المقبوض في الحالين ملك حادث فلم يختلف الملك فلم يمنع قبول الشهادة كاختلاف المقر والمقر له في السبب لم يمنع صحة الإقرار في حق الغير والدين جميعًا؛ لأن الثابت بالإقرار ملك حادث فكذا هذا. شهد له شاهدان على رجل بألف درهم ثمن جارية وقال المدعي: إنما أشهدهما بذلك المشتري ولي عليه ألف ثمن متاع جازت شهادتهما؛ لأنه لم يكذبهما فيما شهدا به لما قال تحملا الشهادة هكذا؛ لأن الثابت بشهادتهما كالثابت بالمعاينة، ولو قال المشتري معاينة ومشاهدة إنها ثمن جارية، وقال البائع عن متاع يقضي به على المشتري؛ لأن الاختلاف في الجهة لا يمنع صحة الإقرار فكذا هذا، ولو قال لم يشهدهما لا تقبل؛ لأنه كذبهما فيما شهدا له.

وذكر في الجامع: ولو ادعى دارًا في يدي رجل أنه اشتراها من فلان أو ورثها

وشهوده شهدوا أنها له لا تقبل؛ لأن المدعي ادعى ملكًا حادثًا والشهود شهدوا بملك قديم؛ لأن الشهادة بمطلق ملك شهادة قديم والملك القديم أكبر من الملك الحادث؛ لأن القديم سبب لاستحقاق الزوائد والحادث لا فصار المدعي مكذبًا شهوده في الفصل.

ولو ادعى ملكًا مطلقًا فشهدوا بملك بسبب ذكر في الأصل يقبل؛ لأن المدعي ادعى أكبر الملكين، والشهود شهدوا بأقلهما فلم يصر مكذبًا شهوده كما لو ادعى ألفًا وخمسمائة والشهود شهدوا بألف يقبل على الألف.

ولو كان المدعي ادعى الشراء والشهود شهدوا بالهبة والقبض لا يقبل؛ لأن الشهادة خالفت الدعوى إلا أن توفق فيقول اشتريت منه فعجزت عن إثباته فشفعت إليه فوهبها إلي بعد ذلك، ويأتي بالبينة على ذلك يقبل؛ لأن هذا التوقيف محتمل الدعوى والشهادة فصح التوقيف وزالت المخالفة وصحت الهبة؛ لأن البائع بجحوده البيع صار فاسخًا له فلما استوهب منه المشتري فقد أجابه بما لا يصح إلا بعد قبوله الفسخ فتضمن قبولًا للفسخ، كما لو قال لآخر بعت منك هذا العبد فقال المشتري فهو حر يضمن قبولًا حتى عتق عليه فكذا هذا.

وأما الاختلاف في الزمان والمكان بأن شهدا أنه اشتراه منه بألف لا أنه شهد أحدهما أنه اشتراه منه منذ سنة، وشهد الآخر أنه اشتراه منه منذ سنين جازت الشهادة وكذا إذا اختلف شاهد الطلاق والعتاق في الوقت جازت الشهادة؛ لأن الاختلاف في الوقت فيما هو مجرد القول لا يقدح في الشهادة، بخلاف ما لو اختلفا في الوقت في النكاح لا تقبل شهادتهما؛ لأن الشهادة قامت على القول والفعل؛ لأنه لا بد للنكاح من حضرة الشهود وحضرة الشهود فعل، والفعل مما يتصور تكراره فيكون الثاني غير الأول فأما الطلاق والعتاق مجرد قول، فإنه مما ينكر ويكون الباقي غير الأول.

وذكر في (المنتقى): شهد أحدهما أنه أعتق أمته هذه فتزوجها، وشهد آخر أنه أقر أنه أعتقها وتزوجها بعتق ولا يثبت النكاح؛ لأن الاختلاف في الإنشاء والإقرار لا يمنع الشهادة في العتق ويمنع في النكاح لما بينا.

ولو ادعى ثوبًا في يدي رجل أنه وهبه منه منذ عشرة فشهد أحد شاهديه منذ عشرة والآخر منذ خمسة عشر لا يقبل؛ لأن المدعي الذي شاهده الذي شهد به منذ خمسة عشر، ولو لم يؤقت المدعي تقبل؛ لأن الشهادة وافقت دعوى المدعي والاختلاف في الزمان فيما هو مجرد القول لا يقدح في الشهادة، شهدا بالفعل واختلفا في الزمان والمكان لا تقبل.

ولو شهدا بالقول والفعل جميعًا، واختلفا في المكان أو الزمان بأن شهدا بالزمن والقبض، واختلفا في الزمان والمكان جازت الشهادة وكذلك الهبة والصدقة.

وقال محمد: إن شهدا على معاينة القبض والتسليم لم تجز.

وإن شهدا على إقرار المتملك بالقبض والمسلم بالتسليم جازت.

لمحمد: أن هذه شهادته قامت على القول والفعل، وهو القبض والاختلاف في الأوقات، في الفعل يمنع قبول الشهادة، وفي القول لا يوقع السند في القبول فلا تقبل.

لهما: أن القبض فعل إلا أنه يتكرر قد يكون مرتين وثلاثًا مستندًا إلى عقد وسبب واحد فيجعل الثاني تكرارًا للأول توفيقًا بينهما فشابه القول ولا كذلك القتل والغصب؛ لأنه لا يتكرر بسبب واحد.

(المنتقى): ولو شهد أحدهما أنه طلقها بالفارسية أو بالقبطية وقال الآخر: طلقها بالعربية لم تجز شهادتهما، ولو كان هذا في إقرار بمال؛ لأن لفظية الفارسية مع العربية في الطلاق يختلفان معنى ويحتملان وجوها شيء وفي الإقرار بمال يتحدان معنى.

ولو شهد شاهد أنه قال لعبده: أنت حر، وشهد آخر أنه قال بالفارسية: أرادي، قبلت الشهادة؛ لأنه ليس له وجه غير العتق.

وإن قال لامرأته: إن طلقتك فعبدي حر فشهد عليه شاهد أنه طلقها اليوم وشهد آخر أنه طلقها أمس يقع الطلاق والعتاق؛ لأن الاختلاف مع الأوقات في القول لا يمنع قبول الشهادة.

وإن قال: إن ذكرت طلاقك أو سميته أو تكلمت به فعبدي حر، فشهد شاهد أنه

طلقها اليوم وشهد آخر أنها طلقت منه أمس تطلق المرأة ولا يعتق العبد؛ لأن شهادتهما قد اختلفت في الكلام فلم يثبت شرط العتق.

ولو قال لامرأته: إن كلمت فلانًا فأنت طالق فشهد شاهد أنه كلمه غدوة، وشهد آخر أنه كلمه عشية فإنها تطلق؛ لأن الكلام منه بمنزلة قوله طلقتك.

وكذلك لو قال: إن تكلمت بطلاقك، ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق فشهد شاهد أنه دخلها غدوة، وشهد آخر أنه دخلها عشية لم تطلق؛ لأن الدخول منه فعل واختلاف الوقت في الفعل يقدح في الشهادة.

وكذلك لو جعل أمر امرأته بيدها شهرًا فشهد شاهد أنها اختارت نفسها يوم الجمعة وشهد آخر أنها اختارت نفسها يوم الخميس لا تقبل شهادتهما؛ لأن الاختيار منها فعل والاختلاف في الوقت في الفعل يمنع قبول الشهادة.

(فصل)

شهد أحدهما بألف والآخر بألفين والمدعي يدعي الألفين لا تقبل عند أبي حنيفة، وعندهما تقبل على الألف.

وكذلك لو شهد أحدهما أنه طلق امرأته ثلاثًا والآخر أنه طلقها واحدة أو شهد أحدهما بواحدة والآخر بثنتين لا تقبل عنده وعندهما تقبل على الأقل.

لهما: أنهما اتفقا على ألف واحدة وعلى طلاق واحد إلا أنه تفرد أحدهما بالزيادة؛ لأن في الألفين ألف وزيادة فيكون الشاهد بالألفين شاهدًا بألف فيقضي بالأقل.

له: أنهما اختلفا في الشهادة لفظًا ومعنى. أما لفظًا فظاهر، وأما معنى فلأن الشاهد بالألفين والثلاث لا يكون شاهدًا بالألف الواحدة؛ لأن الألف غير الألفين، والواحدة غير الثلاث؛ لأنه لا يعبر بكل واحد منهما عن الآخر والألف والواحدة؛ لأن اسم أحد العددين لا يتناول العدد الآخر والألف والواحدة يندرجان في الألفين والثلاث ضمنًا وتبعيضًا ولا يثبتان بهما تصريحًا وتنصيصًا، فإذا لم يثبت المصرح والمفصح لا تثبت ما في ضمنه ضرورة.

ولو شهد أحدهما على ألف والآخر على ألف وخمسمائة، أو شهد أحدهما

بمائة وخمسين والآخر بمائة تقبل، أو شهد أحدهما على تطليقة والآخر على تطليقة ونصف والمدعي يدعي الأكثر قضى بالأقل اتفاقًا؛ لأنهما اتفقا على الألف لأنهما تلفظا بألف وصرحا بها وتفرد أحدهما بزيادة خمسمائة فيثبت الأقل باتفاقهما، وإن كان المدعي يدعي الأقل فشهادة الذي شهد بالأكثر باطلة؛ لأن المدعي كذبه في بعض ما شهد به حتى لو قال صدق لكني استوفيت خمسمائة وأبرأته عنها صحت الشهادة بخلاف تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به؛ لأن التكذيب فسق من المكذب والفسق يمنع قبول الشهادة، ولا يمنع صحة الإقرار، ولو شهد أحدهما بالعشرة والآخر بخمسة عشر لم تقبل عند أبي حنيفة، وإن كان المدعي يدعي خمسة عشر، ولو شهد أحدهما بعشرين والآخر بخمسة وعشرين تقبل اتفاقا على أقل المالين، والفرق أن خمسة عشر اسم واحد وأنه غير العشرة لفظًا ومعنى، فأما الخمسة مع العشرين اسمان مختلفان؛ لأن أحدهما معطوف على الآخر والمعطوف غير المعطوف عليه فحصل الإيقاف على أقل المالين ولو شهد أحدهما على الصلح بمائة درهم والآخر على الصلح ولم يسم شيئًا وشهدا جميعًا أنه استوفى جميع ما صالحه عليه فهو جائز، وكذلك لو شهدا في الشراء بمثله لأنهما شهدا بعقد واحد حقيقة؛ لأن الساكت عن تسمية البدل ربما يسمي مثلما سمّاه الناطق فلا يصير المشهود به عقدين بالشك والاحتمال فلم يختلف المشهود به وصار كما لو لم يسميا البدل، تقبل شهادتهما متى ذكر قبض البدل. شهد أحدهما بالبيض والآخر بالسود والمدعي يدعي البيض قضى بالسود، ولو كان يدعي السُّود لا تقبل وكذلك الحنطة الجيدة والرديئة على هذا؛ لأن الشاهدين اتفقا على الألف السود لفظًا ومعنى؛ لأن في البيض سود وزيادة؛ لأن البيض عبارة عن الجودة والسود عبارة عن الرديئة فقد اتفقا على أقل المالين، وتفرد أحدهما بزيادة صفة من حيث الجودة فيعتبر كما لو تفرد أحدهما بزيادة قدر والمدعي يدعي أكثر المالين قضي بالأقل فكذا هذا، ولو شهد أحدهما بالحنطة والآخر بالشعير لا تقبل اتفاقا؛ لأن الحنطة مع الشعير جنسان مختلفان لفظًا ومعنى فلا يكون على أحدهما إلا شاهد واحد، لو شهد أحدهما أنه طلق زوجته ثلاثًا والآخر أنه قال لها أنت علي حرام لا تقبل

بالإجماع؛ لأنهما لفظان مختلفان لا يعبر بأحدهما عن الآخر، ومعنى اللفظين وإن كان متحدًا وهو البينونة، ولكن المعنى يثبت باللفظ فما لم يثبت اللفظ لا يثبت المعنى ولا يثبت واحد من اللفظين إلا بشاهدين، ولو شهد أحدهما بالرجعي والآخر بالبائن تقبل على الرجعي، لأنهما اتفقا على لفظ الطلاق وتفرد أحدهما بزيادة صفة بينونة فيقضي بما اتفقا عليه دون ما انفرد أحدهما، وكذلك لو شهد أحدهما على تطليقة والآخر على واحدة وعشرين قبلت على الواحدة؛ لأنهما اتفقا على الواحدة وتكلما، ولو شهد أحدهما أنه قال: إن دخلت فلانة وفلانة الدار فهما طالقان، وقد دخلتا وشهد الآخر أنه قال إن دخلت فلانة الدار فهي طالق وقد دخلت لا تقبل لأنهما شهدا بيمينين مختلفين؛ لأنهما شهدا بشرطين مختلفين؛ لأنه شهد أحدهما إن شرط الحنث دخولهما، وشهد آخر إن شرط الحنث دخول واحدة منهما، والشرطان المختلفان لا يتصوران إلا في يمينين مختلفين ولم يقم على كل واحد منهما إلا شاهد واحد، ولو شهد أحدهما أنه قال: إن دخلت الدار فأنت طالق وفلانة معك والآخر شهد أنه قال: إن دخلت الدار فأنت طالق تقبل؛ لأنهما اتفقا على أن شرط الحنث واحد وهو دخول فلانة الدار واتفقا فيما وقع به الطلاق على واحدة وتفرد أحدهما بزيادة وهو وقوع الطلاق على الأخرى ولم يثبت ما انفرد به أحدهما.

(المنتقى): ولو شهد أحدهما أنه طلقها واحدة بائنة، وشهد الآخر أنه طلقها ثلاثًا فهي واحدة تملك الرجعة؛ لأنهما اتفقا على واحدة رجعية؛ لأن شاهد الثلاثة شهد على واحدة مطلقة غير مقرونة بالإبانة، فقد اتفقا على أصل الطلاق وتفرد أحدهما بوصف البينونة فثبت الأصل ولغى الوصف وهذا قياس قولهما لا قول أبي حنيفة؛ لأن عنده الشاهد بالثلاث لا يكون شاهدًا بالواحدة. عبد اشترى وباع حتى لحقه دين فأنكر مولاه أن يكون أذن له في التجارة فشهد شاهد أن مولاه رآه يبيع البز فسكت عنه وشهد آخر أنه رآه يبيع الرقيق فسكت عنه ولم تقبل ولو شهد أحدهما أن مولاه قال له اشتر البز وبع وقال الآخر: أنه قال له اشتر الرقيق وبع تقبل هذه الشهادة على الإذن، والفرق أن السكوت إنما جعل إذنًا شرعًا عند وجود التصرف

ولم يثبت واحد من التصرفين فلم يجتمعا على الإذن فلم يثبت الإذن، فأما الأمر بالشراء في نوع يكون الإذن بالشراء في جميع الأنواع والأمر بشراء البز والأمر بشراء الرقيق سيان في الإذن بالتجارة فقد اجتمعا على الإذن له والتجارة فيثبت الإذن. شهد أحدهما على رجل أنه أقر أنه ساكن لهذه الدار وشهد الآخر أن الدار له لا تقبل، وإن شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له، وشهد آخر أنه ساكن لها قضى بالدار؛ لأن السكنى لا تكون إلا بإقرار منه بأنه ساكن فقد شهد كلامهما على الإقرار وفي الصورة الأولى لم يتفقا على الإقرار.

(**الجامع الصغير**): شهد شاهدان على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع عند أبي حنيفة وعندهما لا يقطع، فإن قال أحدهما إنها بقرة وقال الآخر ثور لم يقطع بالإجماع. لهما: أن هذا الاختلاف يمنع الشهادة في الغصب حتى لا يقضي بالمال فلأن يمنع الحكم بالحد أولى؛ لأنه يحتال لدرئه ما أمكن.

له: أنه أمكن التوفيق بينهما؛ لأن البقرة قد تجمع فيها لونان أحد جانبها أسود والآخر أبيض فرأى كل شاهد جانبا على حدة ويحتمل أن يحمل هذه الشهادة كان في ظلم الليالي وهو العادة والألوان تتشابه في ظلم الليالي بخلاف الذكورة والأنوثة؛ لأن اجتماعهما وتشابههما غير متصور وبه قارن الغصب؛ لأنه يكون نهارًا جهارًا والشاهد يكون قريبًا من الغاصب فلا يشتبه عليه الألوان.

(**الجامع**): أصله أن الشاهدين متى اختلفا لفظًا واتفقا معنى، فإن شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية أو التخلي، أو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج، فإنه تقبل شهادتهما؛ لأن اعتبار المعنى أولى من اعتبار اللفظ، وإن اختلفا لفظًا ومعنى لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما متى اختلفا معنًى كان المشهود به شيئين مختلفين فلا يكون على كل واحد منهما إلا شاهد واحد، وكذا لا بد للمدعي أن يدعي أحدهما، ومتى ادعى أحدهما فقد أكذب شاهده الآخر فلا ينبغي إلا شاهد واحد. ثم المسائل على ثلاثة أوجه: إما إن ادعى من عليه الدين الإيفاء أو الإبراء أو الهبة منه، فإن ادعى إيفاء الدين فشهد أحد الشاهدين بالإقرار بالاستيفاء والآخر بالإبراء لا تقبل لأنهما اختلفا لفظًا ومعنى؛ لأن الإيفاء يوجب براءة بعوض والإبراء يوجب براءة بغير

عوض فصار كما لو ادعى البيع فشهد أحدهما بالبيع والآخر بالهبة لا تقبل فكذا هذا، ولو شهد الذي شهد بالبراءة أن صاحب الحق أقر أن الغريم برئ إليه من المال قبلت شهادتهما؛ لأنهما اتفقا على الايفاء معنى؛ لأن البراءة المضافة إلى الغريم إنما هي البراءة بالإيفاء، ولهذا يكتب في صك الاستيفاء: وبرئ إليه، مكان قوله: استوفى منه، ولهذا الوافي المكفول عنه أن الكفيل برئ إلى الطالب مما كفل به كان له أن يرجع بذلك على المكفول عنه، كما لو أقر أنه استوفى، فإذا كان كل واحد من اللفظين مما يعبر به عن الآخر فقد اتفقا معنى، فأما البراءة المضافة إلى صاحب الحق لا يعبر بها عن الإيفاء فاختلفا معنى، ولو شهد أحدهما بالاستيفاء والآخر بالتحليل أو الإخلال أو الهبة أو الصدقة لا تقبل؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل للإبراء، فإنه كما يقال إبراؤه من الدين يقال حللته ووهبته منه وصدقته عليه، ولو ادعى الإيفاء فشهد أنه أبرأه أو حلله يقبل؛ لأن الغريم ادعى براءة مفسرة وهي البراءة بالإيفاء، ويحتمل البراءة بالإبراء وكان ما شهد به داخلًا تحت الدعوى من وجه فلم يثبت التكذيب بالاحتمال.

ولو شهدا بالهبة أو الصدقة أو التخلي أو الإحلال لا تقبل؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل في البراءة بالإبراء إلا في البراءة بالإيفاء والمدعي ادعى البراءة بالإيفاء فلم يكن ما شهدا به داخلًا تحت الدعوى، فأما إذا ادعى الغريم الإبراء فشهد أحدهما بالإبراء والآخر بالهبة له أو التصدق أو التخلي أو الإحلال أو التحليل يقبل؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل للإبراء بغير عوض فقد اتفقا معنى، وهبة الدين في حق المطلوب إبراء وإسقاط حتى يصح من غير قبول المطلوب وتمليك من وجه حتى يرتد بالرد والهبة والإبراء في حق المطلوب متفقان معنى، ولو ادعى البراءة فشهد أحدهما بالهبة والآخر بالصدقة لا تقبل؛ لأن الهبة والصدقة يختلفان لفظًا ومعنى؛ لأن الهبة إنما يقصد بها التودد والتحبب والمكافأة من جهة الموهوب له، والصدقة يقصد بها ابتغاء رضاء الله تعالى ونيل ثوابه وجُنة من عذابه، ولهذا يجوز الهبة للغني والفقير، والصدقة لا تجوز إلا للفقير، ولو ادعى الإبراء أو التحليل فشهدا على الإقرار بالاستيفاء يسأل الغريم عن البراءة والتحليل أكانت بالاستيفاء أو بغيره، فإن

قال بالاستيفاء يقبل ولغيره لا تقبل، وكذلك إن سكت لا تقبل؛ لأن المدعي ادعى براءة محملة محتملة قد تكون بالإيفاء وقد تكون بالإبراء والشهود شهدوا ببراءة مفسرة بالإيفاء فيطلب البيان من جهة المدعي.

فأما إذا ادعى الغريم الهبة فشهد أحدهما بالهبة والآخر بالصدقة لم تقبل لما بينا.

ولو شهد أحدهما بالبراءة والآخر بالتحلي أو العطية أو التحليل أو الإحلال تقبل؛ لأن هبة الدين تذكر للبراءة بالإبراء وهذه الألفاظ تستعمل للبراءة بالإبراء أيضًا لأنهما تستعمل للبراءة بغير عوض فقد اتفقا معنى.

ولو ادعى الهبة أو الصدقة أو التحلي أو الإحلال فشهد بالاستيفاء لا تقبل؛ لأن المدعي ادعى براءة بغير عوض والشهود شهدوا ببراءة بعوض فلم يكن ما شهدا به داخلًا تحت الدعوى، وإذا ادعى الكفيل الإيفاء فشهد له بالبراءة يقضى له بالبراءة ويقضى للطالب بحقه على المطلوب ولا رجوع للكفيل على المطلوب؛ لأن الثابت بشهادة الشهود براءة الكفيل؛ لأن البراءة محتملة للبراءة بالإيفاء فوقع الاحتمال في الإيفاء ودين الطالب كان ثابتًا قبل المكفول عنه فوقع الشك في الإبطال فلا تبطل بالشك والاحتمال.

فأما براءة الكفيل ثابتة بلا ريب واحتمال كانت البراءة بالإيفاء أو بالإبراء فيقضي له بالبراءة بلا ارتياب ولا رجوع للكفيل؛ لأنه ادعى شيئين الإبراء عما كفل له وملك مثل ما في ذمته من الدين بالإيفاء، وقد اتفق الشاهدان على البراءة فتبينت ولم تقم الحجة على ملك ما في ذمته بالإيفاء فلم يرجع.

(باب الشهادة على الشهادة)

تحتاج إلى معرفة: جواز الشهادة على الشهادة، ووقتها، وكيفية الإشهاد من الأصل، وكيفية الأداء من الفرع.

أما جوازها: فثابت استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه لا يقع العلم للفروع بأصل الحق على المطلوب بشهادة الأصول لاحتمال تهمة الكذب في شهادة الأصول والعلم

يقينًا وإحاطةً شرط لصحة الشهادة بالنص. وجه الاستحسان: أنا جوزنا الشهادة على الشهادة لتعامل الناس باعتبار الضرورة والحاجة وهي ضرورة إحياء الحقوق وصونها عن الزهوق، فإن شاهد الأصل قد يموت وقد يغيب ولا يكون للمشهود له على أصل الحق شهود أُخر فمتى لم تجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إبطال الحقوق.

وذكر الناطفي في "واقعاته": أن الشهادة على الشهادة في الوقف لا تجوز، والصحيح أنه يجوز لما فيها من إحياء الوقف وصونه عن اندراسه، ولا تجوز الشهادة على الشهادة في القصاص والحدود خلافًا للشافعي؛ لأنه تمكنت في شهادتهم زيادة تهمة وريبة وهي عدم الإشهاد من الأصول، وقد أمكن الاحتراز عنها بحبسه من الشهود ولا ضرورة لعدم كثرة الوقوع والوجود بخلاف غير الحدود؛ لأن التصرفات مما يكثر وقوعها ووجودها فمست الضرورة إلى قبول هذه الشهادة فيها، فإن شهد شاهدان على شهادة شاهدين أن قاضي بلد كذا ضرب فلانًا حدًّا في قذف تقبل، وذكر في كتاب الديّات أنها لا تقبل؛ لأن رد الشهادة من تمام الحد ولم يستوف بعد رد الشهادة فتكون شهادة على إيجاب الحد بهذا القدر، والشهادة على الشهادة لا تقبل على إيجاب الحد قل أو كثر. وجه هذه الرواية: أن الشهادة قامت على استيفاء الحد لا على إيجابه لأنهما شهدوا أنه حده حد القذف فتصير الشهادة مردودة ضرورة إقامة الحد والشهادة على الشهادة تقبل على استيفاء الحد. شهدا على شهادة غيره والفرعان لا يعرفان المشهود عليه وجاءا بامرأة وقالا لا ندري هي هذه أم لا، فإنه يقول القاضي للمدعي: أقم شاهدين أنها فلانة المشهود عليها؛ لأن الشهادة على الحاضر لا تصح إلا بالإشارة لاحتمال أن تكون هي امرأة أخرى فوجب التوقف والتثبت فيها ويستكشف حالها بالطلب بإقامة البينة على تعيينها، وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي؛ لأنه بمنزلة الشهادة على الشهادة.

وأما وقتها: فحالة العجز عن شهادة الأصل، فإنه ذكر في الجامع الصغير الشهادة على الشهادة لا تجوز حتى يكون شاهد الأصل مريضًا أو على مسيرة سفر كما بينا أن فيها زيادة تهمة أمكن الاحتراز عنها بحبسه من الشهود فلا يتحمل إلا عند العجز عن الأصول وذلك بالمرض أو السفر وأقل مدته ثلاثة أيام.

ورُوي عن أبي يوسف أنه قال: إن كانت مسافة لو غدا إلى القاضي وشهد لا يروح إلى منزله يجوز أن يشهد على شهادته؛ لأن إحياء حقوق المسلمين واجب ما أمكن وهذا يوجب إحياء الحقوق؛ لأن الشاهد محتسب فلا يجوز أن يكلف ما فيه حرج وفي البيتوتة في غير منزله حرج والظاهر أنه لا يكلف لذلك لإقامة الحسبة وهذا حسن.

وأما كيفية الإشهاد من الأصل: ذكر في الجامعين ولا يجوز الشهادة على الشهادة حتى يقول الأصل اشهدوا على شهادتي بذلك، واشهدوا أن فلانًا أقر عندي بذلك وهو أن لفلان عليه ألف درهم فاشهدوا على شهادتي بذلك إذا احتاج إليها؛ لأن الشهادة على الشهادة توكيل وتحميل؛ لأنه لا بد من نقل الشهادة إلى القاضي، والنقل لا بد له من التحميل والتحميل لا يصح إلا بالأمر، ولهذا لو نهى الأصول الفروع عن الشهادة يعد الأمر والتحميل عمل النهي في التبطيل.

ولو قال: اشهد على شهادتي فسمعها رجل آخر لم يجز له أن يشهد على شهادته؛ لأن التحميل شرط ولم يوجد في حقه، بخلاف القاضي إذا أشهد قومًا على قضيته وسمع ذلك آخرون منه وسع للسامعين أن يشهدوا؛ لأن قضيته حجة بمنزلة الإقرار مشافهة والمبايعة بالمعاينة فيصح التحمل من غير تحميل وتوكيل.

وإن قال: اشهدوا علي بذلك، أو قال: أشهدكم فاشهدوا أو فاشهدوا بشهادتي لا يصح؛ لأنه لم يوجد التحميل؛ لأنه لم يأمرهم بنقل شهادته بل أمرهم أن يشهدوا على فلان بأصل الحق وليس لهم ذلك؛ لأنهم لم يعلموا بوجوب الحق على المشهود عليه.

وأما كيفية الأداء من الفروع: أن يقولوا عند الحاكم يشهد فلان بن فلان على إقرار فلان بن فلان بكذا، وأشهدني على شهادته وأمر لي أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته.

يحتاج إلى ذكر أربع شهادات: تتميمًا للتحميل وتكميلًا للنقل والتحويل، ولا يجوز على شهادة رجل أقل من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

وقال مالك: يجوز شهادة واحد.

وقال الشافعي: لا يجوز أقل من شهادة أربعة على شهادة واحد.

والصحيح قولنا؛ لقول علي رضي الله عنه: لا تقبل على شهادة الميت دون رجلين؛ لأن الفرع ينقل شهادة الأصل إلى القاضي، والنقل لا يثبت بشهادة الفرد ويثبت بما يثبت به الأصل وهو الجمع والشفع.

ولو شهد رجلان على شهادة رجلين جاز؛ لأنها قامت على شهادة كل أصل شهادة رجلين.

ولو شهدا على شهادة رجل وأحدهما يشهد بنفسه أيضًا لم تجز؛ لأن شهادة الأصل الحاضر على شهادة الأصل الغائب غير مقبولة، لأنها لو قبلت أدى إلى أن يثبت بشهادته ثلاثة أرباع الحق نصف الحق بشهادته وحده وربع الحق بشهادته مع آخر على شهادة الأصل الغائب، ولا يجوز أن تثبت شهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق لأنها شطر الحجة فبقي على شهادته الأصل الغائب، ولا يجوز أن تثبت بشهادة فلا تثبت قبل شهادة الأصل الغائب. الأصل أن الإشهاد متى صح ثم حدث في الأصول حرج تبطل الشهادة كالعمى والخرس والجنون والردة، فإنه يبطل الإشهاد؛ لأن الفرع إنما ينقل شهادة الأصل وقد بطلت الشهادة قبل القضاء بها فلا يصح النقل من الفرع، ولأنه مأمور بنقل شهادة الأصل وقد بطلت وليس له شهادة فلم يبق الأمر مأمورًا بالنقل، فإن حدث في الأصول حرج يوجب التوقيف والتثبت في شهادته كالفسق، فإنه لا يبطل شهادة الفرع، لكن يتوقف فيها ويجوز القضاء بها؛ لأنه صح الأمر بهذا القدر.

وإن حدث في الأصل ما ليس بحرج كالغيبة والموت، فإنه لا يبطل الإشهاد كما لو شهد الأصل ثم غاب أو مات لا تبطل الشهادة؛ لأنا لو جعلنا الغيبة والموت مبطلًا للشهادة والإشهاد أدى إلى إبطال حقوق الناس فلم يجعل مبطلًا صيانة لحقوقهم، وإذا ارتد شاهدا الأصل ثم أسلما فشهد الفرع لا تقبل؛ لأن بالردة بطل الأمر بالإشهاد فيعتبر كما لو بطل نهيه، ولو بطل الأمر بنهيه بعد الإشهاد لا تقبل شهادة الفرع فكذا هذا.

ولو أشهد الفاسق على شهادته ثم مات فشهد الفرع تقبل ولا يجب القضاء بها

إلا عند التجزيء؛ لأنه لم يكن وقت الأمر بالنقل شهادته موجبة للقضاء. شهدا على شهادة فاسقين فرد القاضي لتهمة الأصول ثم تاب شهود الأصل لم تقبل شهادة الأصل ولا الفرع؛ لأن المردود شهادة الأصل؛ لأن المنقول من الفروع شهادة الأصل فيعتبر، كما لو شهد الأصل بنفسه فرد القاضي شهادته بتهمة الكذب لا تقبل شهادته ولا شهادة فروعه في هذه الحادثة أبدًا فكذا هذا.

ولو رد شهادة الفرع لتهمة فيه ثم شهد الأصل تقبل في رواية؛ لأن المردود شهادة الفرع لا شهادة الأصل؛ لأن التهمة لم تمكن في شهادته، بل تمكنت في نقل الفرع وفي رواية لا تقبل؛ لأنه ثبتت شبهة الرد في شهادة الأصل؛ لأن قبول شهادة الفرع قبول شهادة الأصل فيكون الرد لشهادة الفرع ردًا لشهادة الأصل من وجهٍ. أشهد على شهادته كافرَين أو عبدَين ثم أسلما أو أعتقا جازت الشهادة؛ لأن الأمر بنقل الشهادة من الأصل قد صح؛ لأنه من أهل تحمل الشهادة وقت الأمر؛ لأنه من أهل المعرفة والتمييز فصح التحمل من الفرع لتوهم أن يصير أهلًا للأداء في الثاني.

(المنتقى): وتجوز شهادة الابن على شهادة أبيه وعلى كتابه وقضائه، وذكر الخصاف في أدب القاضي: أنه يجوز شهادة الابن على شهادة أبيه، ولا تجوز شهادته على قضائه، والفرق أن القضية فعل أبيه والابن قام مقام أبيه في الشهادة، والأب لو شهد على الحق تقبل فكذلك الابن، والأب لو شهد على فعل نفسه لا تقبل فكذا الابن، وقيل: هذا قول أبي يوسف وما ذكر في (المنتقى) قول محمد؛ لأنه لا منفعة للأب في هذه الشهادة ولا دفع مغرم ولا جلب مغنم.

(باب الشهادة في الميراث والموت والنسب)

لقبول الشهادة على الإرث شرائط أربعة:

أحدها: أن يشهدوا أنه كان لمورثه حتى لو قالوا إنه لمورثه لا تقبل، لأنهم شهدوا بإثبات الملك والمالية للميت للحال وأنه محال. **والثاني**: أن يشهدوا على الانتقال إلى الوارث بأن شهدوا أنه كان لأبيه مات وتركه ميراثًا له ولم يقل إنه كان يملكه، أو شهدوا أنه كان في يده يوم الموت فيقبل بالإجماع؛ لأن اليد عند الموت

لا تكون إلا يد ملك؛ لأن يده عند الموت يد أمانة أو غصب تنقلب يد ملك إذا مات مُجهلًا؛ لأنه يصير به مستهلكا، فكانت الشهادة على اليد شهادة على الملك وقت الموت فيثبت الانتقال إلى الوارث بطريق الضرورة.

وكذلك لو أقام الوارث البينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي في يديه، فإنه يأخذها ولا يكلف إقامة البينة على أنه مات فتركها ميراثًا له؛ لأن الإعارة والإيداع إثبات اليد من جهة الميت فيصير ذلك إثباتًا ليد الميت عند الموت وذلك بمنزلة التنصيص على الانتقال إلى الوارث.

ولو شهدوا أنه كان لأبيه ولم يقولوا أنه تركه ميراثًا له لم تقبل عندهما، وقال أبو يوسف: تقبل؛ لأن ملك الوارث هو عين ملك المورث حتى ترد بالعيب وترد عليه فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة بالملك للوارث.

لهما: أن ملك الوارث في حق العين متجدد، ألا ترى أنه لو كانت صدقة للمورث تحل للوارث، وإن كان عينًا ولو كانت جارية يلزمه الاستبراء فلا بد من ذكر النقل إلى الوارث، وإنما يملك رده بالعيب؛ لأنه قائم مقام المورث في العين فيستحق ما كان مستحقًّا للمورث.

وذكر الحاكم في (**المختصر**): لو أقام البينة في دار أنها لجده مات وتركها ميراثًا له لم يقض له حتى يشهدوا أنه وارث جده ولا يعلمون له وارثًا غيره عندهما.

وقال أبو يوسف: أقضي للجد وأضعها على يدي عدل حتى تصححوا عدد ورثة الجد. **والثالث**: إن شهدوا أنه وارثه لا يعلمون له وارثًا غيره، فإنه يدفع المال إلى المدعي ولا يكلف الشهود أن يقولوا إنه لا وارث له على الثبات خلافًا لابن أبي ليلى؛ لأنه لا علم ينفي وارث غيره على القطع والثبات؛ لأنه لا يمكنه أن يستصحبه جميع عمره بحيث لا يغيب عنه حتى نعلم أنه لا وارث له غيره يقينًا وإحاطة، فكانت الشهادة تنفي وارثًا غيره مطلقًا شهادة بما لا علم به فلا تقبل.

وإن شهدوا أنه وارثه لا وارث له غيره على البتات لا تقبل هذه الشهادة قياسًا؛ لأنه لا علم للشاهد بما شهد به وتقبل استحسانًا؛ لأنه أمكن أن يجعل قوله لا وارث له غيره كناية عن قوله لا نعلم له وارثًا غيره فيجعل ذلك تصحيحًا لكلامه.

وإن شهدوا أنهم لا يعلمون له وارثًا غيره بأرض كذا قال أبي حنيفة: تقبل هذه الشهادة وقالا: لا تقبل حتى يشهدوا على الإطلاق أنهم لا يعلمون له وارثًا غيره؛ لأنهما خصًا هذا المكان بالنفي.

ولو علما أنه لا وارث له غيره في الأماكن كلها لم يكن لتخصيص هذا المكان بالنفي فائدة، فثبت وجود وارث آخر في مكان آخر غير ثابت يقتضي فائدة التخصيص بجواز أنهما إنما خصا هذا المكان بالنفي؛ لأنهما تفحصا عن الوراث في هذا المكان فلم يقعا عليه، ولم يفحصا عن مكان آخر فسكتا عن النفي في مكان آخر بسبب أنهما لم يفحصا لا بسبب أنهما علما له وارثًا في مكان آخر.

ولو شهدوا بكونه وارثًا ولم يقولوا لا يعلم له وارثًا غيره، فإن كان ممن يرث في حال دون حال لا يدفع المال إليه حتى لو تلوّم القاضي فلم يعلم له وارث آخر، فإنه يدفع المال إليه؛ لأن نفي وارث آخر لم يثبت بالشهادة ولا بما أقيم مقامها من تلوم القاضي، وإن كان ممن يرث على كل حال نظر القاضي فاحتاط ثم قضى له بكله، والفرق بينهما أن من هو وارث بكل حال فاستحقاق الإرث ثابت بكل حال، ووقع الشك في حجب البعض بأن كان معه وارث آخر يحجبه عن البعض، وإن لم يكن يستحق الكل فالثابت بكل حال لا يزال بالشك والاحتمال.

وأما من يرث في حال دون حال الشك وقع في استحقاق الكل لا في الحجب فلا يدفع المال إليه بالشك، وذكر أن القاضي يحتاط ويتلوم زمانًا قدر ما يقع في الغالب من رأيه أنه لو كان له وارث آخر يظهر في مثل هذه المدة ولم يقدّره بشيء، وذكر الطحاوي وقدر لذلك حولا؛ لأن الغيبة قد تمتد إلى حول قيل هذا قولهما وما ذكر في المبسوط قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يرى التقدير بالاجتهاد إذا لم يكن فيه نص أو إجماع، بل هو موكول إلى رأي من ابتلي به وهما يثبتان المقدار بالاجتهاد كما قالا في التعزير، وفي الزوج والزوجة يقضي بأقل النصيبين عندهما، وقال محمد: وهو رواية عن أبي حنيفة بأكثرهما.

لمحمد: أن القاضي متى يلوم زمانا ووقع في غالب رأيه أنه ليس له وارث آخر ثبت النفي بدليله؛ لأن غلبة رأي القاضي حجة متى وقع الشك في دفع بعض المال.

لهما: أن انتفاء وارث آخر لم يثبت بحجة، وإنما يثبت بلوم القاضي وظنه ورأيه وأنه لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن ثابتًا، والزيادة على أقل النصيبين لم تكن ثابتة فوقع الشك في استحقاقهما فلا يستحق بالشك، فأما الأقل متيقن فيه فيستحقه، وفي رواية عن أبي حنيفة للزوجة ربع الثمن؛ لأنه متيقن فيها بجواز أن يكون معها ثلاث نسوة سواها، وللميت ولد فيكون الثمن بينهن، وفي رواية لها ربع التسع بجواز أن يكون للميت ابنان وأبوان وثلاث نسوة سواها فتكون الفريضة من أربعة وعشرين وغالب إلى سبعة وعشرين فيكون للنسوة ثلاثة من سبعة وعشرين وذلك تسعة فتكون بينهن أربعة.

والرابع: إن بينوا وجه الاستحقاق حتى لو قالوا مات أخوه وتركه ميراثًا له لا تقبل حتى يقولوا لأبيه أو لأمه أو لهما؛ لأن أسباب الوراثة مختلفة لما تبين. رجل مات فأقام رجل بينة أنه ابن عم الميت فلان بن فلان الفلاني وورثته لا يعلمون له وارثًا غيره فالميراث له؛ لأن الابن مقدم عليه، ولا تنافي بين الأول والثاني، فإن الإنسان يجوز أن يكون له ابن وابن عم أيضًا.

ولو أقام الثاني البينة أن الميت فلان بن فلان الفلاني ونسبه إلى أب غير الأب الذي نسبه إليه الأول وورثته لا يعلمون له وارثًا غيره لم يقبل، ولم يحول النسب من أب إلى أب ومن محل إلى محل آخر؛ لأنه لما ثبت نسبه من الأول خرج من أن يكون محلًا لإثباته من إنسان آخر، فالبينة الثانية قامت في غير محله فلا تقبل، ألا ترى لو تنازع رجلان في مولود فأقام أحدهما البينة وقضى القاضي بالولد له ثم أقام الآخر البينة لا تقبل بينة الثاني، وكذلك لو تنازعا في نكاح امرأة فأقام أحدهما البينة وقضى له بالنكاح ثم أقام الآخر البينة لا تقبل بينة الثاني لما قلنا فكذا هذا.

(الزيادات) أصله: أن العلم بالمشهود به شرط لصحة القضاء؛ لأن المقصود من القضاء هو الإلزام ولا يتصور الإلزام بدون العلم بالمشهود به. شهدا أن هذا وارث فلان لا يعلمان له وارثًا غيره ولم يخبرا بسبب يرث به لا تقبل؛ لأن القاضي لا يتمكن من القضاء بالوراثة إلا بعد القضاء بسببها؛ لأنه يتعذر القضاء لوراثه له مطلقًا؛ لأن أسبابها مختلفة وأحكامها متفاوتة فلا يتمكن من القضاء بسبب منها مع الجهالة فيتعذر القضاء أصلًا.

وكذلك لو شهدا أنه أخوه أو عمه أو مولاه لا تقبل؛ لأن الأخوة والعمومة مختلفة فلا تتعلق بها العصوبة، فإن كانت لأب وأم أو لأب وقد تعلق بها الفرضية بأن كانت لأم وأحكامها مختلفة في الحجب، فلو قضى لهذا بالميراث ربما يجيء آخر فيدعي الميراث ولا ندري أن هذا حاجب للأول أو محجوب به وكذلك اسم المولى مشترك بتناول الأعلى والأسفل فيتعذر القضاء بالوراثة.

وكذا لو شهدا أنه جده أو جدته؛ لأنه قد يكون صحيحًا وقد يكون فاسدًا، ولو شهدا أنه أبوه أو أمه أو أبيه أو بنته أو بنت ابنه تقبل؛ لأن الأبوة والبنوة لا يختلف أحكامها.

(فصل)

ولو شهدا أن قاضي بلد كذا قضى لهذا بأنه وارث الميت وقالوا: ما ندري أن هذا وارث أم لا، تقبل لأن مطلق فعل القاضي محمول على الصحة والسداد وعلى موافقة الشرع والرشاد، وهو أنه استقصى في بيان النسب فلا يكون إقدامه على القضاء إلا بعد العلم بالنسب، ولكن يسأل القاضي المدعي عن نسبه ويقضي به وهذا السؤال ليس بشرط لنفاذ القضاء، ولكن لصون القضاء والنظر لمن يجيء بعده بالخبر ويدعي أنه هو الوارث ليعرف القاضي أنه حاجب للأول أم محجوب به، فإن جاء آخر وأقام البينة أنه وارث الميت ينظر فيما أقر الأول به، فإن كان وارثًا مع الثاني بحال جعلناه وارثًا معه وإن لم يرث معه يقضي للثاني؛ لأنه قضى بالوراثة بجميع المال للأول فلا يبطل قضاؤه إلا بالخطأ المتيقن به، وإنما يتيقن بالخطأ.

أما في البعض بأن بيَّن الأول أنه ابن المبيت وبيَّن الثاني أنه أبوه فقد تحقق الخطأ بقدر السدس فيعطي للثاني السدس، أو ادعى الأول أنه أب الميت وأقام الثاني البينة أنه أبوه كان الميراث للثاني؛ لأن من ضرورة كون الثاني أبًا له بالبينة العادلة انتفاء أبوه الأول.

فإن قضى للثاني ثم أقام الأول البينة أنه أبوه لا تقبل إلا أن يشهد شهوده أن القاضي الأول قضى بشهادة شهوده أنه أبوه فحينئذ تقبل؛ لأن الأبوة مما لا تحتمل التعدد ولا تقبل التحول، فعندما تأكدت للأول بالقضاء لا يتصور إثباتها لغيره

وتحويلها إليه، كمن أقام بينة على نكاح امرأة وقضى له بها، ثم أقام آخر بينة أنها امرأته لا يقضي للثاني؛ لأن المشاركة لما لم تتحقق في الزوجيّة لا بد من ترجيح أحدهما على الآخر فترجحت المناكحة السابقة على اللاحقة، والقضاء النافذ بيقين لا يجوز نقضه بالشك والتظنين، وإن كان القاضي الثاني قضى للأول بما أقام البينة على قضاء القاضي الأول، فإنه وارث الميت، ثم أقام الثاني البينة أنه أخ الميت أو ابنه والمقضي الأول معتوه أو صبي جعل للأول أفضل الميراث والثاني أقل مما يكون؛ لأن القضاء الأول قد نفذ بيقين فلا يجوز إبطاله إلا بيقين مثله ولا تيقن إلا في الأقل، فإن كان الثاني يسقط بحال يجعله ساقطًا بالأول؛ لأنه لما لم يتبين عنده سبب قضاء الأول حمل ذلك على أفضل الجهات والأسباب حتى لا يحتاج إلى بعض القضاء بالشك.

(باب الشهادة على إثبات الملك للميت)

(المبسوط): دار في يدي رجل أقام آخر البينة أنها ميراث له وأخيه من أبيه والأخ غائب يقضي به بالنصف ويترك نصف الغائب في يد ذي اليد إلى أن يحضر ولا يستوثق منه عند أبي حنيفة.

وعندهما: إن كان ذو اليد منكرا نصيب الغائب وضع على يدي عدل، وإن كان مقرًّا ترك في يده.

لهما: إن كان في الأصل غاصبًا فقد وجب الأخذ منه إزالة للعدوان، وإن كان أمينا فقد صار غاصبًا متعديًا بالجحود فوجب الأخذ منه كالعروض.

له: أن اليد الغائبة لا تنتزع من غير حجة وضرورة، ولا حجة لأن القضاء وقع للميت وقد ثبت احتمال الائتمان من جهة الميت وبطل جحود الجاحد بقضاء القاضي ولا ضرورة؛ لأن العقار محفوظة محصونة بنفسها ولا كذلك العروض؛ لأنها محتاجة للحفظ، فإن حضر الغائب لم يحتج إلى إعادة البينة واستئناف القضية لكن يسلم النصف إليه بتلك البينة، والقضية في ظاهر الرواية إلا في رواية الخصاف شاذة؛ لأن الاستحقاق وقع للميت وأحد الورثة ينتصب خصمًا عنه في الإثبات لكن

في الاستيفاء يعمل لنفسه فلا يصلح خصمًا عن غيره كما إذا أقام البينة بدين للميت. ادعى دارًا في يد رجل وأقام البينة أن أباه اشتراها منه بألف درهم وقد مات أبوه والبائع يجحد البيع كلف الابن البينة على أنهم لا يعلمون له وارثًا غيره ولا يكلف البينة على أنه مات أبوه وتركها ميراثًا له؛ لأن الوارث بهذه البينة أثبت إقرار ذي اليد أن الدار كانت لأبيه فتقبل بينته وإن لم ينسب الميراث إلى نفسه.

ولو كانت الدار في يد غير البائع كلف كلاهما؛ لأنه لا تثبت بينة إقرار ذي اليد أن الملك كان لأبيه، وإنما أثبت إقرار البائع أنه كان لابنه ولا يصح إقراره متى لم تكن الدار في يده. رجل ادعى دارًا في يد عمه وأقام البينة أنها دار جده مات وتركها ميراثًا لأبيه وعمه لا يعلمون له وارثًا غيرهما، وإن أباه مات وترك حصته ميراثًا له وأقام الآخر البينة أن أخاه مات قبل أبيه وأبوه ورث منه السدس ثم مات أبوه فورثه فهو يقبل بينة ابن الأخ ويجعل له نصف الدار؛ لأنه تعذر العمل بالبينتين؛ لأن بينة ابن الأخ بينت موت الجد سابقًا على موت أبيه، وبينة العم تثبت موت الجد لاحقًا، والشيء الواحد لا يتصور سابقًا ولاحقًا، وإذا تعذر العلم بهما لا بد من الترجيح. فبينة ابن الأخ أرجح لأنها أكثر إثباتًا وأزيد إيضاحًا لأنها تثبت الملك في نصف الدار لأبيه أولًا ثم لنفسه ثانيًا؛ لأن الملك للجد ثابت بإقرارهما، فإن كان في يد الغلام ميراث من تركته سوى الدار وكل واحد يدعي على صاحبه لا تقبل بينة واحد، وجعل لكل واحد ميراث أبيه؛ لأن البينتين تساوتا وتعادلتا في الإثبات فتساقطتا؛ لأن ابن العم أثبت للجد ميراثًا مما في يد ابن الأخ من تركة أبيه وهو السدس، ثم أثبت ذلك السدس لنفسه فقد استويا في إثبات الملك واليد وموت كل واحد منهما ظهر، ولا يدري أيهما كان سابقًا والآخر لاحقًا فيجعل كأنهما ماتا معًا، ولو ماتا معًا لا يرث أحدهما من الآخر، ولكن يجعل مال كل واحد منهما لورثته الأحياء كما في الغرقى والحرقى.

(الجامع) أصله: أن الشهود متى شهدوا بيد مطلقة للمورث عند الموت أو بما يدل عليها تقبل؛ لأن اليد المطلقة عند الموت تدل على الملك لما بينا واليد المطلقة إنما تثبت بفعل لا يتهيأ إلا بالنقل والتحويل، ولهذا يتحقق به الغصب وفيما

لا يقبل النقل والتحويل كالعقار ثبت بفعل وتصرف لا يصدر إلا من المالك غالبًا؛ لأنه لا يستفاد ذلك التصرف إلا بيد المالك مدعي الدار، أقام البينة أن أباه مات في هذه الدار أو على هذا البساط أو قاعد عليه أو أنه كان في هذه الدار حتى مات فيها أو دخل فيها ومات لم تقبل؛ لأن اليد لا تثبت بالكينونة ولا بالدخول فيها؛ لأنه قد يموت فيها الزائر والضيف وقد يدخل فيها ملتجئًا أو لدفع الحرّ والبرد أو للضيافة، ألا ترى لو أفردوا اليد للمدعي بذلك لا يكون إقرارًا له بالملك، وإن شهدوا أنه ساكنها تقبل؛ لأن السكنى في الغالب إنما تكون من المالك، فإن اسم الساكن إنما يطلق على من إليه إسكان غيره، والسكنى بنفسه وإزعاج غيره وفتح الباب وإغلاقه، فأما من يدخلها زائرًا أو مُسَلِّمًا، فإنه لا يسمى ساكنًا فكان السكنى فعلًا يوصف به الملاك غالبًا، ولأن اليد على الدار تثبت بالسكنى، ولهذا لو أقر ذو اليد للمدعي أنه كان يسكنها كان إقرارًا له بها فأقيم السكنى مقام اليد المطلقة.

وكذلك إن شهدوا أنه حامل هذا البساط أو لابس هذا القميص أو لابس هذا الخاتم تقبل؛ لأنه فعل لا يتهيأ إلا بالنقل والتحويل ويصرف وينبني على اليد فيدل على الملك، وقيل في الخاتم إن شهدوا أنه كان في خنصره أو بنصره تقبل وإلا فلا؛ لأن الخاتم لا يستعمل في غيرهما استعمال الملك.

والصحيح المذكور في الكتاب؛ لأن لبس الخاتم في أي إصبع كان لا يتهيأ إلا بالنقل والتحويل وذلك يدل على اليد المطلقة، وإن شهدوا أنه زالت هذه الدابة تقبل؛ لأن الركوب لا يفعل في الغالب إلا بالتحويل والتسيير، وإن كان يتحقق من غير نقل وتحويل، وإن شهدوا أنه مات وهذا الثوب على رأسه لم يسمع وكذلك هذا في الإقرار؛ لأن الوضع قد يكون من غيره فلا يوجد منه النقل والتحويل، فلا تثبت به اليد فوقع الشك في ثبوت يده، فلا يثبت بالشك حتى لو شهدوا أنه كان هو الواضع على رأسه يوم الموت تقبل؛ لأن الوضع فعل لا يتحقق إلا بالنقل والتحويل فكان بمنزلة قولهم إنه حامل أو لابس له.

(باب الشهادة على إثبات الإرث)

(المنتقى): قال محمد رحمه الله: رجل مات وترك أخًا لا يعلم له وارث غيره

فقال عبدان من رقيق الميت: إن الميت قد كان أعتقهما في صحته، وإن هذا الصبي ابنه فصدقهما الأخ في ذلك الإقرار لا تقبل شهادتهما وهما عبدان للصبي، ويدفع جميع المال إلى الصبي بإقرار الأخ ولا يثبت نسبه؛ لأن الأخ لما صدقهما في العتق والبنوة فقد أقر بشيئين: بعتقهما، وبأنه لا حق له في الميراث، إذ الابن مقدم عليه فصح إقراره على نفسه بإرث الصبي ودفع المال إليه ولم يصح على غيره بالعتق؛ لأنه لا ملك له فيهما فلم يعتقا فبطلت شهادتهما في حق إثبات النسب.

ولو كان مكان الغلام جارية جازت شهادتهما في حق إثبات النسب للجارية ويسعى العبدان لها في نصف قيمتهما؛ لأن الأخ أقر أن حقه في نصف الميراث فصح إقراره بالعتق فعتقا عندهما فهما حران شهدا بالنسب فقبلت إلا أن العتق حصل في عبد مشترك فتجب السعاية للساكت.

(الجامع): مسائله على فصلين:

فصل في إثبات النسب للواحد.

وفصل في إثبات النسب للاثنين بجهتين مختلفتين.

(فصل)

أصله: أن دعوة النسب فيما عدا الولادة والزوجية لا تصح ما لم يدع قبله حقًّا من ميراث أو نفقة؛ لأن في دعوة الأخوّة والعمومة ونحوها إلحاق النسب بالغائب والحاضر لا ينتصب ولا ينتهض خصمًا عن الغائب إذا ادعى حقًّا على الحاضر لا يتوصل إلى إثباته إلا بعد إثباته على الغائب فينصب الحاضر خصمًا عن الغائب ودعوة الأبوّة والبنوّة دعوة حق على الحاضر وهو حق الانتساب والانتماء إلى الآباء وحق الزوجية والمواصلة بالنساء؛ لأن في الأنساب والانتماء إلى الآباء شرف وتفاخر وفي قطعه ونفيه إلحاق لعن ووعيد زاجر قال عليه السلام: "**مَن انْتَسَبَ إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَو انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ رَغْبَةً عَنْهُمْ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ**"(١).

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٥٣٩/٨ (٢٦٦٣٥) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا وهيب. و«أحمد» =

رجل أقام البينة على رجل أنه أخوه لأبيه وأمه أو جده لا تقبل حتى يدعي قبله حقًّا من ميراث أو نفقة وغيره فحينئذ تقبل ويثبت النسب؛ لأن هذه دعوى النسب على الأب؛ لأنه ما لم يثبت نسبه من الأب لا يصير أخًا وجدًّا له، ألا ترى أنه لو أقر به أنه أباهما فالبينة بينة الأخ؛ لأنه أثبت بالبينة أنه هو الوارث وأنهما ليسا بوارث فقبلت بينته وهذه كمسألة أول الباب، ثم تقبل بينته ولا ميراث له عندهما؛ لأن في بينتهما زيادة إثبات وهو حرمان الميراث وليست في بينة الأصغر تلك الزيادة فترجحت بينتهما وخرج الأصغر من أن يكون وارثًا، وعند أبي حنيفة وله ثلث الديّة على الأجنبي وعليه ثلثا الديّة لإخوته؛ لأن عنده بينتهما لا يترجح نسب إثبات حرمان الميراث لما بينا فقبلت البينات جميعًا. ولو أقام الأكبر على الأوسط والأوسط على الأصغر والأصغر على الأجنبي قبلت البينات عند أبي حنيفة وقضى لكل واحد بثلث الديّة على صاحبه ولم يذكر الميراث، ويجب أن يكون الميراث بينهم أثلاثًا؛ لأن حرمان أحدهم عن الميراث لم يثبت، فإن القتل لم يقتصر على الورثة بل تعدى إلى الأجنبي فسقط اعتبار القتل في حق حرمان الميراث فيقسم باعتبار النسب بخلاف ما لو كان القتل لا يعدو الورثة، فإنه يقسم على قدر دعاويهم؛ لأنه تعذر القسمة باعتبار النسب؛ لأن أحدهم محروم عن الميراث وعندهما لا تقبل بينة الأصغر ولا ميراث له وعليه نصف الديّة؛ لأنه خرج من أن يكون وارثًا ببينة الأوسط؛ لأنه تعين قاتلًا ببينة الأوسط؛ لأنه أثبت القتل عليه وهو لم يثبت القتل على أحد؛ لأن بينته على الأجنبي لم تقبل؛ لأنه ليس فيها حرمان الميراث فترجحت بينتهما.

=

١/٣٢٨ (٣٠٣٨) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا وهيب. و«ابن ماجه» (٢٦٠٩) قال: حدثنا أبو بشر، بكر بن خلف، قال: حدثنا ابن أبي الضيف. و«أبو يعلى» (٢٥٤٠) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا وهيب. و«ابن حبان» (٤١٧) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا وهيب.

كلاهما: (وهيب بن خالد، ومحمد بن أبي الضيف) قالا: حدثنا عبد الله بن عثمان بن خثيم، عن سعيد بن جبير، فذكره.

(باب شهادة أهل الذمة)

شهادة أهل الذمة بعضهم لبعض مقبولة سواء اتفقت مللهم أو اختلفت إلا أن يكونا من دارين مختلفتين، فإن شهد رومي على هندي أو هندي على رومي، وعند الشافعي غير مقبولة.

والصحيح قولنا؛ لأن الشهادة هي الخبر الصادر عن صدق وإيقان، وقد ترجح الصدق في خبرهم بشهادة القلب والاطمئنان لوجود الداعي إلى الصدق والصّارف عن الأقل فيه، إذ الكذب محظور في جميع الأديان. والظاهر من كل عاقل متدين الاحتساب عما هو محظورُ دينه لما أنه سبب المذمة في الدنيا والعقوبة في الآخرة. والخبر الراجح حجة إلا أنه لا يقبل عند تباين الدارين؛ لأن لتباين الدارين أثر في قطع الولايات، ولهذا لا يجري التوارث عنده وينقطع به النكاح لعدم الفائدة، وتقبل شهادة الذمي على المستأمن وعلى عكسه؛ لأن الذمي بعقد الذمة التزم أحكامنا فصار منّا دارًا في حق أحكام البناء وشهادة المستأمن لا تقبل على المسلم ولا شهادة كافر على مسلم لأنها من باب الولاية لما فيها من تنفيذ القول على الغير، ولا ولاية ولا سبيل للكافر على المسلم بقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾﴾ [النساء: ١٤١] وتقبل شهادة الكفار على العبد الكافر التاجر، وإن كان مولاه مسلمًا وعلى العكس لا تقبل؛ لأن في الأول قامت على إثبات أمر على الكافر؛ لأن الدين ثبت على العبد واستحقاق مالية المولى غير مضاف إلى الشهادة؛ لأنه ليس من ضرورة وجوب الدين عليه استحقاق مالية المولى لا محالة بل ينفك عنه. وفي الجملة وفي الثاني الشهادة قامت على إثبات أمر على المسلم فلم تقبل، والوكيل مع الموكل بمنزلة العبد مع المولى، ولا تقبل شهادة كافرين على شهادة مسلمين وعلى عكسه تقبل؛ لأن في الأول شهادة كافر قامت على المسلم؛ لأنها قامت على إثبات شهادة المسلم عند القاضي وفي الثاني شهادة مسلم قامت على كافر، ولا تقبل شهادة كافرين على قضية قاضٍ على كافر أو مسلم؛ لأنها قامت على إثبات القضاء على القاضي فقد قامت على إثبات أمر على المسلم فلا تقبل. كافر

في يده أمة ملكها من جهة مسلم فشهد عليه كافران أنها لكافر آخر أو لمسلم لا تقبل عندهما، وقال أبو يوسف: تقبل على الكافر خاصةً؛ لأنها قامت على كافر ومسلم وقد أمكن القضاء بها في حق الكافر وهو المشتري؛ لأن الشهادة وإن وقعت بملك مطلق، ولكن تعذر القضاء بالملك من الأصل لما فيه من استحقاق الرجوع بالثمن على البائع وهو مسلم فيقضى بملك حادث للمدعي من جهة المشتري بسبب جرى بينهما تصحيحًا للبينة كالشهادة بالدين على مسلم وكافر تقبل في حق الكافر.

لهما: أن الشهادة وقعت بملك مطلق والشهادة بملك مطلق شهادة بالملك له من الأصل حتى يستحق المدعي بزوائدها وبينت رجوع الباعة بعضهم على بعض، وقد تعذر القضاء بالملك من الأصل للمشتري لما فيه من استحقاق الرجوع بالثمن على البائع وهو مسلم بخلاف الشهادة بالدين على مسلم وكافر؛ لأنه ليس في القضاء بالدين على الكافر إثبات حق على المسلم. مات كافر عن ألف واثنين فاقتسما ثم أسلم أحدهما فشهد كافران بدين على أبيهما جاز في حصة الكافر لما بينا. ادعى مسلم وكافر على ميت كافر دينًا وأقاما بينة كافرة يعطى المسلم تمام حقه، فإن بقي شيء فهو للكافر؛ لأن دين المسلم آكد ثبوتًا وأكبر ظهورا؛ لأنه ظهر مطلقًا في حق الكافر والمسلم ودين النصراني لم يظهر في حق المسلم؛ لأن بينته ليست بحجة في حق المسلم لما تبين. أوصى كافر إلى مسلم فأقام رجل بينة كافر بدين على الميت جازت؛ لأن هذه شهادة قامت على كافر وهو الميت لا على الوصي؛ لأن وجوب قضاء الدين على الوصي غير مضاف إلى الشهادة؛ لأن وجوب الدين على الكافر ينفك عن وجوب القضاء على الوصي بحال بأن لم يوص إليه فيكون وجوب القضاء مضافًا إلى قبوله الوصاية لا إلى شهادة الكافر. شهد ذميان بمال على ذمي فأسلم المشهود عليه قبل القضاء لا يقضي؛ لأن الشهادة إنما تصير حجة وقت القضاء، الشاهد كافر والمشهود عليه مسلم فلا تصير حجة، وإن أسلم المشهود عليه في الحدود بعد القضاء قبل الإمضاء في النفس وفيما دونها ينفذه قياسًا ولا ينفذه قياسًا ولا استحسانًا لما عرف، وإذا لم ينفذه هل تجب الديّة؟ ذكر الخصاف في إذن القاضي أن عند أبي يوسف تجب، وقيل: عند الكل تجب وقيل

عند أبي حنيفة ينفذ للقضاء بالقصاص فيما دون النفس، ولا يقضي بالديّة في النفس وعندهما يقضي بالديّة فيهما؛ لأن تعذر استيفاء القصاص هاهنا جاء بمعنى في المدعى عليه فصار نظير النكول والقضاء بالنكول يصح فيما دون النفس لا في النفس عنده، وعندهما يقضي بالديّة بالنكول فيهما، وإذا أسلم السارق بعد القضاء قبل القطع فالقاضي يضمنه المال ويدرأ عنه القطع؛ لأن السرقة اشتملت على حكمين فيعمل بإسلامه في حق كل واحد من الحكمين، وإن جدد الشهادة بعد إسلام المشهود عليه قضى بها في الأموال والقصاص وحد القذف ولم يقض بها في الحدود الخالصة لله تعالى، والفرق أن هذه الشهادة غير مردودة حقيقة بإسلام المشهود عليه، لكن القاضي لما لم ينفذها عليه بعد إسلامه تصورت بصورة المردود فأورثت ضرب شبهة، والشبهة كفت لدرء الحدود الخالصة وبينت حقوق العباد مع الشبهات، وهذه المسألة لا توجد في المبسوط، وإنما ذكرها الخصاف في أدب القاضي: شهد ذميان على ذمي بخمرٍ أو خنزير فقضى ثم أسلم الشاهدان ثم رجعا ضمنا قيمة الخنزير ولم يضمنا قيمة الخمر عند أبي يوسف.

وعند محمد يضمنان قيمة الخمر؛ لأن الشهادة إتلاف حكمًا فتعتبر بالإتلاف حقيقة وحسًّا، وفي إتلاف الحقيقي في ضمان الخمر خلاف بينهما فكذا هذا.

وإن أسلم المشهود عليه ثم رجعا ضمنا قيمة الخنزير دون قيمة الخمر؛ لأن المشهود عليه طالب في حق الشهود، فإن الحق له قبل الشهود، والطالب متى أسلم ثم رجعا ضمنا قيمة الخنزير دون قيمة الخمر فكذا هذا.

(المنتقى): ذكر هشام عن محمد في شاهدين كافرين شهدا على كافر فعدلا فأسلم الشاهدان والمشهود عليه قبل القضاء فكأنهما يعيدان الشهادة عليه، ولا يسأل عن تعديلها؛ لأن الشهادة قامت في حالة الكفر وقد أسلم المشهود عليه قبل القضاء وما يمنع ابتداء الشهادة بمنع القضاء، وإنما لا يعاد التعديل لأنهما عدلان في حالة الكفر وبالإسلام لا يزداد إلا عدالة وثقة.

(باب الشهادة على النصراني بعد موته بالدَّين للمسلم)

(الجامع): أصله: أن البينة المسلمة على الكافر مقبولة، والبينة الكافرة على

المسلم مردودة؛ لأن الشهادة من باب الولاية والكرامة؛ لما فيها من تنفيذ القول وتسليطه على الغير، والمسلم أهل للولاية مستحق للكرامة بالقرابة والسلطنة، فكذا بالشهادة والمحجة وللكافر ولاية على الكافر بالقرابة والسلطنة فكذا بالشهادة. نصراني مات عن مائة درهم أقام مسلم عليه شاهدين نصرانيين بمائة درهم، وأقام مسلم ونصراني نصرانيين بمائة درهم يقضى بثلث المائة للشريكين وتسليمها للمسلم المنفرد؛ لأن بينة المسلم المنفرد حجة في حق شريك المسلم وهو النصراني، وبينة كل واحد من المسلمين ليست بحجة في حق صاحبه؛ لأنها كافرة فوقع التعارض بين المسلمين في البينة وخرج الشريك النصراني من الوسط والتساوي فيقسم المائة بينهما على قدر حقهما وأحدهما يدعي المائة والآخر يدعي خمسين فيقسمها أثلاثًا ما أصاب المسلم يكون بينه وبين شريكه نصفين؛ لأنه أقر أنه يساويه في الاستحقاق.

ولو أن المنفرد نصراني فالمسألة بحالها قضى بالمائة بينهما أثلاثًا لكل واحد منهم ثلثها؛ لأن بينة المسلم حجة في حق النصراني وبينة النصراني المنفرد ليست بحجة على المسلم واستحق المسلم خمسين وبقي خمسون وقد تنازع فيه نصرانيان وبينة كل واحد منهما حجة على صاحبه فتعارضتا، والنصراني المنفرد يدعي المائة، والنصراني الشريك يدعي خمسين فيقسمها أثلاثًا فيأخذ النصراني الشريك ثلث الخمسين وذلك ستة عشر وثلث فيضمه إلى ما في يد شريكه فيقتسمان نصفين، وكذلك الجواب لو كان شهود الشريكين مسلمين وشهود المسلم المنفرد نصراني قضى بنصف المائة للمنفرد وبنصفها لهما؛ لأن بينة كل واحد حجة في حق الآخر. نصراني مات عن مائتي درهم وابنين نصرانيين فأسلم أحدهما فأقام مسلم شاهدين نصرانيين على الميت بدين مائة درهم يقضي به في نصيب الكافر، ولا يدخل الابن النصراني في نصيب أخيه المسلم، بخلاف ما إذا أقام الابن بينة على مسلم بدين لأبيه، فإن الابن النصراني يشاركه في ذلك، والفرق أن بينة المدعي هاهنا حجة على الابن النصراني خاصة لا على الابن المسلم فاستحق ما في يد النصراني من الميراث بما هو حجة في حقه غير حجة في حق مسلم فلم يثبت الاستحقاق في

حق المدعي، فصار ما في يده كالهالك. فأما في الدين الاستحقاق يثبت لهما؛ لأن البينة المسلمة حجة في حقهما فاشتركا في الاستحقاق.

(المنتقى) مسلم قال: إن دخل عبدي هذه الدار فهو حر، وقال نصراني: امرأته طالق ثلاثًا إن دخل العبد الدار، ثم شهد نصرانيان أنه دخل الدار إن كان العبد مسلمًا فشهادتهما باطلة؛ لأنه شهادة على المسلم بالعتق، وإن كان العبد نصرانيا فشهادتهما على طلاق النصراني جائزة وعلى العتق لا تجوز.

قال محمد رحمه الله: نصراني توفي وترك مملوكًا فأسلم المملوك بعد موته ثم شهد له نصرانيان أن مولاه كان أعتقه ولا مال له غيره فأقام مسلم شاهدين نصرانيين أن له على الميت ألف درهم تقبل شهادتهما ويعتق العبد ويسعى للمسلم.

نصراني مات وعليه دين لمسلم بينته نصرانية وعليه دين لنصراني بينته نصرانية، قال أبو حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله: يبدأ بدين المسلم؛ لأن دين المسلم ظهر ببينة نصرانية مطلقًا في حق الميت وغريمه النصراني؛ لأن بينته حجة في حق النصراني، فأما دين النصراني لم يظهر ثبوته في حق المسلم؛ لأن بينته ليست بحجة في حق المسلم وكان دين المسلم أكثر ثبوتًا وأزيد ظهورًا فتقدم قضاء وإيفاء.

وقال أبو يوسف يتحاصان؛ لأن البينتان استوتا في الإثبات وأعيد لهما في الحجة على الميت فاستوى الدَّينان في الثبوت في حق الميت فاستويا في الإيفاء.

نصراني حر وفي يده عبد فادعاه مسلم ونصراني وأقام كل واحد بينة نصرانية فهو للمسلم بالإجماع فأبو يوسف يحتاج إلى الفرق بين الحياة والموت، والفرق إن في الحياة الشهادة أقيمت على الغير، وفي قبول البينة النصرانية إبطال حق المسلم عن الغير فلا يجوز وبعد الموت الشهادة أقيمت على الدين في ذمة الميت، وأنه لا تبطل شهادة النصراني، وعلى رواية الحسن عن أبي يوسف العبد بينهما نصفان كما في الدين.

نصراني أقام بينة نصرانية على امرأة نصرانية أنه تزوجها في وقت كذا فقضيت بها له عند أبي يوسف، وعند أبي حنيفة يقضي بها له؛ لأنه لم يظهر ثبوت نكاحها في حق المسلم بالبينة النصرانية.

ولو أقاما البينة معًا قضى للمسلم عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يقضي للنصراني. نصراني مات وترك ابنين نصرانيين فأسلم أحدهما، ثم أقام نصراني عليه بينة نصرانية بدين قال أبو حنيفة أقضي له بنصف الدين في حصة النصراني، وقال أبو يوسف: أقضي بكله في حصّة النصراني ولا أقضي على المسلم بشيء.

(باب الشهادة على إسلام النصراني بعد موته)

(المبسوط[١]): كافر مات وله ابنان مسلم وكافر فأقام المسلم البينة على موت الأب مسلمًا والكافر على موته كافرًا يقضى بالإرث للمسلم، مسلمة كانت بينته أو كافرة؛ لأن إحدى البينتين توجب الحكم بإسلامه والأخرى توجب الحكم بكفره فترجحت بينة الإسلام، كالمولود بين مسلم وكافر يحكم بإسلامه لقوله عليه السلام: "**الْإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى**"[٢].

وكذلك لو ادعيا، فالقول للمسلم إذا لم يقر بكفر أبيه؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأن الدار دار حرية وإسلام، فيقبل قول من يدعي حريته وإسلامه، ولهذا يصلى على الميت بقول الابن، فإن أقر بكفره ثم ادعى أنه أسلم فالقول للكافر؛ لأنه متمسك بما هو ثابت في الأصل، ولو قال أحدهما: كان أبي مسلمًا وأنا أيضًا، وقال الآخر: بلى وأنا أسلمت قبل موته وكذبه الآخر بالميراث للمتفق على إسلامه في حياة أبيه؛ لأنه ظهر سبب حرمان إرث أحدهما وهو الكفر، وهو يدعي سبب زوال الحرمان والآخر ينكره فلا يقبل قول المدعي إلا ببينة وكان الإرث للمتفق على كونه وارثًا.

وكذلك الاختلاف في العتق والرق لما بيّنا. مسلمة قالت: كان زوجي مسلمًا وقال أولاده الكفار: لا بل كافرًا وللميت أخ مسلم تصدق المرأة فالميراث للأخ والمرأة؛ لأنها ساوت الولد في دعوى سبب الاستحقاق؛ لأن المرأة لا تحجب عن

(١) انظر: العذب الفائض ٣٢/١، والمبسوط للسرخسي ٣٠/٣٠ - ٣٣.

(٢) أخرجه الروياني (٣٧/٢، رقم ٧٨٣)، والدارقطني (٢٥٢/٣)، والبيهقي (٢٠٥/٦، رقم ١١٩٣٥)، والضياء (٢٤٠/٨، رقم ٢٩١). وأخرجه أيضًا: الديلمي (١١٦/١، رقم ٣٩٥). قال المناوي (١٧٩/٣): قال الحافظ: سنده ضعيف.

الميراث بالولد فيرجح دعواها بالإسلام، ألا ترى لو ترك ابنًا كافرًا وبنتًا مسلمة وأخًا مسلمًا فقالت البنت: مات أبي مسلمًا فصدقها الأخ، وقال الابن: كان أبي كافرًا فالقول للبنت لما قلنا فكذا هذا.

ولو لم تكن زوجة ولكن أخ وابن والأخ يدعي الإسلام دون الابن فالميراث للابن؛ لأن الأخ المسلم لا يساوي الابن في سبب استحقاق الإرث؛ لأنه لا يرث مع الابن فلا يمكن الترجيح بالإسلام؛ لأن الترجيح إنما يكون بعد المساواة في السبب فانفرد الابن بالاستحقاق. بنت وأخ فاختلفا بالقول لمدعي الإسلام فكذلك الأب مع الابن لأنهما استويا في سبب استحقاق الإرث أو كل واحد منهما يرث مع صاحبه فترجح بدعوى الإسلام. ذمي أقام ذميين على أنها ميراث له عن أبيه المسلم يقضى للمسلم؛ لأن بينة المسلم حجة على ذي اليد وعلى الذمي المنازع معه، وبينة الذمي ليست بحجة على المسلم فكانت بينة المسلم أولى، وكما يصير ذو اليد مقضيًا عليه بينة المدعيين وكل واحد من المدعيين يصير مقضيًا عليه في النصف من جهة صاحبه؛ لأنه لو انفرد كل واحد منهما يقضي بجمعه، فإذا اجتمعا وتزاحما يقضى لكل واحد بنصفه وعلى ذي اليد وعلى المزاحم معه، ولهذا لو أقام أحدهما البينة على النصف الذي قضى لصاحبه لا يسمع ما لم يدع ويلغي الملك من جهته، فإن كان بينة الذمي مسلمة قضى بينهما لاستوائهما في الحجة.

(المنتقى): ولا تقبل شهادة ذميين على ذمي أنه أسلم، لأنهما يزعمان أنه مرتد وشهادة أهل الذمة على المرتد باطلة، وتقبل شهادة رجل وامرأتين من المسلمين على نصراني أنه أسلم وهو يجحد ويجبره الإمام على الإسلام ولا يقيله ولا يحبسه؛ لأنه لا يقبل ولا يحبس بشهادة النساء. نصراني مات وله ابنان أحدهما مسلم والآخر نصراني وأقام المسلم نصرانيين أنه مات مسلمًا، وأقام النصراني مسلمين أنه مات نصرانيًا يقضي بالإرث للمسلم لأنهما استويا في الحجة وترجحت بينة المسلم بالإسلام ويصلى على الميت بقول ابنه المسلم أنه مات مسلمًا لا بشهادة النصرانيين؛ لأنها ليست حجة عليه إلا أني لما قضيت بالإرث للمسلم لا أجد بدًا من أن أجعله مسلمًا، ولو شهد نصرانيان على نصراني أنه مات مسلمًا

وليس له ميراث يجب لأحد لم تقبل شهادتهما ولم يحكم بإسلامه؛ لأنه لا يوجب استحقاق الإرث ليثبت إسلامه ضرورة استحقاق الإرث للمسلم وليست بحجة في إثبات الإسلام أصلًا، ولو قال الابن المسلم أسلم أبي قبل موته وأنا وارثه وقال النصراني: لم يسلم فالقول للنصراني في الميراث؛ لأنه متمسك بما هو نائب في الأصل باتفاقهما، وهو الكفر والإسلام بعد وجود الكفر أمر حادث عارض فالقول لمن يمسك بالأصل كالغريم إذا ادعى الإبراء أو الإيفاء ويصلى عليه بقول ابنه المسلم، وكذلك لو كان أبواه ذميان فقالا: مات أبونا كافرًا، وقال أولاده وهم مسلمون مات مسلمًا فالقول للولد ولا ميراث لأبويه؛ لأنهما استويا في سبب الإرث ولم يعرف كفر الميت فترجحت دعوى المسلم بسبب الإسلام. نصراني مات وترك ابنين نصرانيين فأسلم أحدهما ثم جحد كل واحد بسبب صاحبه فقامت بينة نصرانية على ذلك كله ينفذ كله للمسلم دون النصراني عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: ينفذ ويقضي بالمال بينهما لما عرف.

وقال أبو يوسف: نصراني مات وترك ابنين فأسلم أحدهما بعد موته ثم أقام النصراني بينة نصرانية أنه ابنه تقبل بينته على النسب، ويكون شريكًا لابنه النصراني في الميراث ولا يشارك ابنه المسلم في نصيبه.

وكذلك لو ترك ابنًا واحدًا فأسلم ثم أقام نصراني بينة نصرانية أنه ابنه يقضى ببينته ولا يعطى له شيء مما في يد المسلم، فإن ظهر للميت مال بعد ذلك أيضًا فهو للمسلم أيضًا، وإن مات المسلم ورث أخاه منه إن كان قد أسلم؛ لأن نسبه قد ثبت، ولو مات مولى النصراني الميت ولم يمت الابن المسلم فميراثه بين المسلم والنصراني بعد أن كان قد أسلم؛ لأن هذا مال حدث الساعة.

كتاب الرجوع عن الشهادات

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الرجوع عن الشهادة، وتفسيره لغة وشريعة، وركنه، وشرط جوازه، وحكمه شريعة.

أما مشروعيته: فلأن الرجوع عن الشهادة الباطلة رجوع من الباطل إلى الحق والرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل.

وأما تفسيره: هو نفي ما أثبته ونفي الإثبات رجوع عن الإثبات.

وأما ركنه: فقوله شهدت بزور؛ لأن الرجوع يقوم به.

فأما شرطه: فأن يكون الرجوع عند القاضي؛ لأن الرجوع عند غير القاضي لا يصح حتى لو أقام المشهود عليه البينة على رجوع الشاهد إذا أنكر لا تقبل، فكذا لا يحلّف الشاهد أنه لم يرجع إلا أن يقول الشاهد عند القاضي إنه رجع عند غيره فيجعل هذا منه رجوعا مبتدأ عند القاضي؛ لأن الرجوع مع كونه إقرارًا على نفسه فسخٌ للشهادة لأنه بالرجوع يثبت ضد ما أثبته بالشهادة كفسخ البيع عبارة عند إثبات ضد ما ثبت بالبيع، فإذا كان فسخًا للشهادة شرط لصحته ما هو شرط لصحة الشهادة كما في فسخ البيع.

وأما حكمه: فوجوب التعزير عليه على كل حال وجب الضمان عليه أم لا؛ لأنه ارتكب الكبيرة وهو الكذب في الحالين ولم يجب به حد فيجب التعزير ووجوب الضمان مع التعزير بعد القضاء من باب الأموال لما تبين.

(باب الرجوع عن الشهادة في باب المال)

أصله: أن الشاهد بالشهادة تسبب إلى إتلاف المال على المشهود عليه؛ لأنه إزالة عن ملكه رقبة ويدًا تقلبًا وتصرفًا فحصل الإتلاف بالشهادة معنى لا بالقضاء؛ لأن القاضي صار مضطرًا وملجأ في القضاء من جهة الشاهدين فيكون الإتلاف

بواسطة القضاء مضافًا إلى الشهادة، فإن أزاله بعوض يعدله لا يضمن؛ لأنه ليس بإتلاف معنى، وإن كان يعوض لا يعدله لم يضمن بقدر ما يقابله عوض ويضمن الزيادة الخالية عن العوض. شاهدان رجعا عن شهادتهما بين يدي القاضي قبل القضاء لا يقضي ولا يضمنان وبعده يضمنان؛ لأن الشهادة لا تنهض سببًا للإتلاف إلا بالقضاء؛ لأنه لا يتحقق ضرر المشهود عليه إلا بعد القضاء. رجع الشاهدان عند قاضٍ آخر يضمنهما؛ لأن الرجوع لا تتعلق صحته بقاضٍ دون قاضٍ كالشهادة، فإن لم يؤذناه حتى رفعا إلى الأول وجحد الرجوع فقامت بينة على قضاء الآخر بالضمان برجوعهما تقبل ويضمنهما؛ لأنها قامت على إثبات حق.

وكذلك لو قامت البينة على إقرارهما بالرجوع عند قاضٍ آخر وتضمينه إياهما وإن ادعى رجوعهما عند القاضي ولم يدع القاضي بالرجوع والضمان ولا يسمع منه البينة ولا يحلف عليه؛ لأن الرجوع لا يصح ولا يصير موجبًا للضمان إلا باتصال القضاء به كالشهادة ولا يصح الرجوع عند الشرطي كالشهادة. شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمتها قبضها المشهود له أم لا؛ لأن ضمان الرجوع ضمان إتلاف وضمان الإتلاف مقدر بالمثل إن كان المشهود به مثليًا وبالقيمة إن لم يكن مثليا، وإن كان المشهود به دينًا فرجع الشهود قبل قبضه لا يضمنون وبعد قبضه يضمنون؛ لأنهما أوجبا عليه دينًا فيجب في ذمتهما مثل ذلك، ولا يستوفي منهما إلا بعد قبض المشهود له تحقيقًا للمعادلة، ولو شهدا أنه أبرأه عن الدين أو أوفاه فقضى به ثم رجعا ضمنا لأنهما أزالا ملكه عن الدين بغير عوض فالضمان.

وإن كان عينًا والعين فوق الدين في المالية إلا أنه لا يمكن اعتبار المعادلة هنا في وصف العينية؛ لأنا لو اعتبرنا هذا التفاوت أدى إلى إبطال حق صاحب الدين أصلًا؛ لأن الدين بعد الإبراء والإيفاء لا يعتبر عينًا أبدًا فكان إبطال الوصف أهون من إبطال أصل الحق.

ولو شهد أنه أجله سنة فقضى به ثم رجعا قبل الحلول أو بعده ضمنا ورجعا به على المطلوب إلى أجله لأنهما بالتأجيل فوتا إمكان أخذ الدين بغير حق وأنه باقٍ ما بقي الأجل فيبقى الضمان ولا يبرأ عن الضمان يعود إمكان الأخذ بمضي الأجل ما

لم يصل المال إلى المالك كالمودَع إذا أجحد الوديعة، ثم أقر حتى عاد إمكان الأخذ لا يبرأ عن الضمان ما لم تصل العين إلى المالك حتى لو قبض الطالب الدين بعد مضي الأجل من المطلوب يبرأ الشاهدان عن الضمان ورجعا به على المطلوب إلى أجله؛ لأن ضمان البدل يفيد الملك في المضمون كما في الغصب ولما ملكا الدين قاما مقام المالك، والمالك لا يأخذ الدين من المطلوب إلا بعد محل الأجل فكذلك الشاهدان، فإن نوى ما على المطلوب فمن مالهما؛ لأنه صار ملكًا لهما بالضمان فيكون التوي والتلف عليهما.

ولو كان المديون أسقط الأجل لم يضمنا. شهدا بمائة دينار وألف درهم وعلى الألف آخران سواهما فرجعوا جميعًا ضمن شهود الدنانير مائة دينار ونصف الألف والفريق الآخر نصفها؛ لأن كل فريق أتلف هذا القدر رجع الشاهدان في المرض وعليهما دين الصحة وماتا بدئ بدين الصحة؛ لأن ما وجب عليهما بالرجوع في المرض دين المرض؛ لأنه وجب بإقرارهما في المرض. شهد شاهدان أن له على آخر ألف وشهد آخران بأنه أبرأه ثم رجعا كلف المدعي الألف بإقامة البينة ثابتة وخصمه في ذلك شهود البراءة الذين رجعوا فيضمنهم الألف؛ لأن الشهادة بالبراءة قد بطلت في حق شاهدي البراءة بالرجوع، فأمكن القضاء بإيجاب الدين في حق الشهود فوجب القضاء فصار الدين واجبا في حقهم فيضمنان للمدعي، ولا يصح إقامة البينة على الدين إلا بحضرة الشهود؛ لأن الاستحقاق لهذه البينة على الشهود لا على المدعى عليه فيشترط حضرة الشهود لا حضرة المدعى عليه، ولا يرجعان على المشهود له بالبراءة؛ لأن الشهادة بالبراءة قائمة في حقه؛ لأن الرجوع في حقه عن البراءة لم يصح.

(**الجامع**): أربعة شهدوا على آخر بأربعمائة وقضى بها فرجع واحد من مائة وآخر عن ملك المائة ومائة أخرى وآخر عن تلك المائتين ومائة أخرى فعلى الراجعين خمسون درهمًا أثلاثًا؛ لأن الشهادة قائمة بقدر ثلاثمائة وخمسين؛ لأن القائم بقي شاهدًا بأربعمائة والراجع عن مائة بقي شاهدًا بثلاثمائة فبقي على ثلاثمائة حجة كاملة، فلا يجب ضمانها على أحد وبقي على المائة الزائدة شاهد

واحد وهو القائم على الشهادة بالكل فبقي من يقوم بشهادته نصف الحق فبقي نصفها فظهر أن التالف برجوعهم نصف المائة فيجب على الراجعين لاستوائهم في إيجابها، فإن رجع الرابع عن الجميع ضمنوا المائة أرباعًا وضمنوا سوى الأول خمسين أيضًا أثلاثًا؛ لأنه بقي على الشهادة من يقوم به مائتان وخمسون؛ لأنه بقي على المائتين شاهدان أحدهما الراجع عن مائة والثاني الراجع عن مائتين وبقي على المائة الزائدة إلى تمام ثلاثمائة شاهد واحد وهو الراجع عن مائة فبقي ببقائه نصف المائة وهو خمسون وظهر أن التالف برجوعهم مائة وخمسون فيضمنون مائة أرباعا؛ لأن كلهم رجعوا عن هذا فضمان خمسين لا يجب على الراجع الأول لعدم رجوعه عن المائة الثالثة فيجب على الباقين أثلاثًا.

(باب الرجوع عن الشهادة على العقود)

(المبسوط): الشهود بالبيع وقبض الثمن إذا رجعوا ضمنوا قيمة المبيع لا الثمن المذكور لأنهما أتلفا عليه المبيع دون الثمن؛ لأن القضاء وقع بملك المبيع على البائع لا بملك الثمن له؛ لأن الثمن مقبوض لأنهما شهدا بقبض الثمن بخلاف ما لو شهدا بالبيع ولم يشهدا بقبض الثمن ثم شهدا بعد القضاء بالبيع أنه قبض الثمن فقضى به ثم رجعا ضمنا الثمن؛ لأن الثمن صار مقضيًا به وصار ملكًا للبائع على المشتري فمتى شهدا بقبض الثمن ثم رجعا فقد أتلفا عليه الثمن كما لو شهدا بقبض الدين من الغريم ثم رجعا ضمنا الدين خاصة. رجعا عن الشهادة ببيع العبد بعد القضاء وقيمة العبد أكثر من الثمن ضمنا الفضل لأنهما أزالا الفضل عن ملكه بغير عوض.

ولو شهدا على استيفاء الثمن ينظر إن شهدا بالبيع وإيفاء الثمن جملة واحدة ضمنا قيمة المبيع، وإن شهدا بالبيع ثم شهدا بإيفاء الثمن ضمنا الثمن، والفرق أن في الأول الثمن غير مقضي به؛ لأنه قارن القضاء بإيجاب الثمن ما يوجب سقوطه وهو القضاء بالإيفاء فلا يمكن القضاء به، وإنما المقضي به المبيع لا غير فيضمنان قيمته وفي الثاني الثمن صار مقضيًا به؛ لأنه أمكن القضاء بإيجاب الثمن؛ لأنه لم

هلاكًا للدين بغير عوض إلا أن المرتهن لما جحد الأمانة صار ضامنًا بالجحود، فإذا هلك يهلك مضمونا، وله عليه مثله فيلتقيان قصاصًا. لرجل على آخر ألف وفي يد الطالب ثوب يساوي مائة يدعي أنه يساوي له، فأقام المطلوب شاهدين أنه رهنه إياه بالمال فقضى، ثم هلك الثوب يذهب بمائة ثم رجعا ضمنا مائة درهم للطالب، وينبغي أن يضمنا الدين أيضًا لأنهما بالرجوع زعما أن الثوب كان ملك المرتهن فإنهما أسقطا دينه بغير عوض حصل له وبغير رضاه، ولو كان المرتهن يقر أنه وديعة المطلوب وقال الراهن: بل هو رهن والمسألة بحالها لم يضمنا لأنهما أزالا يد الراهن برضاه فلا يضمنان للمرتهن دينه لأنهما أسقطا دينه بعوض وهو الثوب الذي كان للراهن؛ لأنه عقد الرهن بقضاء القاضي؛ لأن قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود ينفذ ظاهرًا وباطنًا، ومتى ثبت عقد الرهن فقد هلك الثوب مضمونًا بالمائة وله عليه مثله فيلتقيان قصاصًا. ركب بعيرًا لرجل إلى مكة يدعي الإجارة بخمسين وأقام فعطب وادعى صاحب البعير العطب ثم رجعا ضمنا قيمة البعير يوم عطب إلا مقدار ما أخذ صاحبه من الأجر؛ لأنهما أزالا يده عن البعير بغير حق وعوض. شهدا أنه أكرى دابته بمائة إلى موضع وأجّر مثلها ماءتان فركبها ثم رجعا لم يضمنا الفضل إن ادعاه المستأجر الإجارة، وجحد صاحب الدابة؛ لأنهما أتلفا على صاحب الدابة مجرد المنفعة من غير عقد ولا شبهة عقد وذلك لا يوجب الضمان.

وإن ادعاه صاحب الإبل وجحد المستأجر ضمنا له مما أداه ما فوق أجر البعير؛ لأن ما فوق أجر المثل أتلفاه عليه بغير عوض فضمناه وبقدر أجر المثل أتلفاه بعوض فلم يضمناه. ادعى المضارب نصف الربح فشهد أنه ورب المال مقر بالثلث ثم رجعا والربح لم يقبض فلم يضمناه؛ لأن الربح متى كان دينًا فقد شهدا على رب المال بدين المضارب، وشاهدا الدين متى رجعا لا يضمنان، فإن قبضا واقتسما نصفين ثم رجع الشاهدان ضمنا سدس الربح؛ لأن القول قول رب المال إنه شرط له الثلث لولا شهادتهما؛ لأن الربح يستفاد من جهته فهما بشهادتهما قد أتلفا على رب المال سدس الربح بغير رضاه وبغير عوض فيضمنانه عند الرجوع، قيل هذا في كل ربح حصل قبل رجوعهما، فأما ربح حصل بعد رجوعهما، فإن كان رأس المال

عرضًا فكذلك وإن كان نقدًا ناضًا فرب المال يملك فسخها وكان راضيًا باستحقاق الربح.

شهدا أنهما اشتركا ورأس مال كل واحد منهما ألف على أن الربح أثلاثًا وصاحب الثلاث يدعي النصف وربحا قبل الشهادة واقتسما أثلاثًا ثم رجعا ضمنا لصاحب الثلث ما بين النصفين والثلث وهو السدس؛ لأنهما أزالا هذا القدر عن ملك صاحب الثلث بغير عوض، فإنه لولا شهادتهما كان يقسم بينهما نصفين على قدر رأس ماليهما وما زادا بعد الشهادة فلا ضمان عليهما؛ لأن الشركة وكالة فأعطى لها حكم الابتداء والإنشاء بعد الشهادة فصارا كما لو أنشآ عقد الشركة بعد شهادتهما على هذا الشرط. [والله أعلم بالصواب][(١)].

(باب رجوع البعض دون البعض)

(المبسوط): شهد عدد ثم رجع طائفة ننظر إلى من بقي، فإن بقيت شهادة تامة لم يضمن من رجع، وإن بقيت شهادة ناقصة ضمن الراجع بقدر ما يلزمه؛ لأن شهادة اثنين كافية للقضاء بالحق إلا أنه لضرورة المزاحمة لاستواء أحوالهم واستقامة أقوالهم في المحجة أضيفت إلى الكل المقضية، فإذا رجع واحد منهم فقد زالت المزاحمة وظهر أن القضية كانت مضافة إلى شهادة الباقي من الطائفة، ولهذا قيل يعتبر بقاء من بقي على الشهادة لا رجوع من رجع ولا يعتبر البقاء بالابتداء، فإن القاضي لو قضى بشهادة رجلين ثم رجع واحد ضمن نصف المال، ولا تثبت بشهادته وحده شيء من المال؛ لأن في الابتداء الحق لم يكن ثابتًا فلا تثبت إلا بحجة متكاملة وبعدما ثبت فالثبوت أيضًا إلى الكل فلم يصر كل واحد متلفًا بالرجوع إلا بقدر ما أثبته. شهد ثلاثة نفر ثم رجع واحد لم يضمن؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته جميع الحق فلم يصر الراجع متلفًا، وإنما أضيف الثبوت كله إلى شهادة الباقين، فإن رجع اثنان ضمنا نصف المال؛ لأنه بقي من يقوم بشهادة نصف الحق.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من (س).

ولو شهد رجل وامرأتان ثم رجعوا فعلى الرجل نصف الضمان وعلى المرأتين نصفه؛ لأنهما شطر الشهادة ونصف الحجة يميز له رجل واحد، فإن رجعت امرأة فعليها ربع المال؛ لأنه بقي من تقوم بشهادته ثلاثة أرباع الحق نصفه بشهادة الرجل وربعه بشهادة المرأة. شهد رجل وعشرة نسوة بمال ثم رجعوا ضمن الرجل سدس المال والنسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما النصف؛ لأن النسوة وإن كثرت يقمن مقام رجل واحد وشهادتهن شطر الشهادة والحجة له أن كل اثنتين منهن قامتا مقام رجل واحد لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ألا ترى أنه يقضي بشهادة رجل وامرأتين كما يقضي بشهادة رجلين وكأنه شهد بذلك ستة رجال رجع ثماني نسوة لا شيء عليهن لما عرف. رجعت امرأة بعد ذلك كان عليها وعلى الثماني ربع المال؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته ثلاثة أرباع المال وهو رجل وامرأة.

وإن رجع الرجل وثماني نسوة فعلى الرجل نصف الحق، ولا شيء على النسوة لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقي من النساء من يثبت بشهادتهما نصف الحق فيجعل اللاتي يرجعن كأنهن لم يشهدن. شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا كان الضمان على الرجلين دون المرأة؛ لأن المرأة الواحدة لا شهادة لها فيما يطلق عليه الرجال لا بانفرادها ولا حالة الاختلاط بالرجال؛ لأن الاثنتين منهن قامتا مقام رجل بالنص.

وإن شهد رجلان وامرأتان ثم رجعوا فالضمان عليهم أثلاثًا على المرأتين الثلث؛ لأن شهادة امرأتين حالة الاختلاط بمنزلة شهادة رجل واحد فكأنه شهد ثلاثة رجال، ثم رجعوا. شهد رجل وثلاث نسوة، ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل والمرأة نصف المال إتلافًا في قياس أبي حنيفة، وعندهما ضمن الرجل نصف المال ولم يضمن المرأة؛ لأن شهادتهن شطر الحجة حتى لا يقبل إلا بانضمام رجل إليهن فكان الثابت بشهادتهن نصف الحق، وقد بقي من يقوم بشهادتهن نصف الحق فلا شيء على الراجعة. له: أن كل اثنتين منهن قامتا مقام رجل واحد بالنصف فمن ضرورة ذلك كل امرأة قائمة مقام نصف رجل فصار كأنه شهد رجلان ونصف رجل

حكمًا، فإذا رجع رجل وامرأة فكأنه رجع رجل ونصف وبقي رجل فقد بقي ببقاء الرجل نصف الحق والنصف الثاني تلف بشهادة رجل ونصف رجل فيضمنان إتلافًا، فإن رجعوا جميعًا فعند أبي حنيفة أخماسًا على النسوة ثلاثة أخماس وعندهما أنصافا على النسوة نصف لما عرف.

(باب الرجوع عن الشهادة في النكاح والطلاق)

(المبسوط): شهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا ضمنا نصف المهر وبعد الدخول لا يضمنان شيئًا خلافًا للشافعي؛ لأنهما بالرجوع زعما أن النكاح قائم والطلاق غير واقع وقد حبست المرأة عن الزوج بقضاء القاضي والمرأة متى صارت محبوسة عن الزوج لا بفعله لا يضمن الزوج المهر لها ولولا شهادتنا بالطلاق، وإلا لكان لا يجب على الزوج شيء من المهر، وإنما وجب عليه نصف المهر بشهادتنا والقاضي إنما أبطل وقصر يد الزوج عن نصف المهر وسلمه إلى المرأة بشهادتنا فيكون الإتلاف مضافًا إلى شهادتنا فيضمنان بإقرارهما بالضمان على نفسهما، ولا يضمنان بعد الدخول؛ لأن ملك النكاح لا يضمن بالإتلاف؛ لأنه ليس بمال والمهر وجب عليه بالعقد وتأكد وتقرر بالدخول ولا يسقط عن الزوج بصيرورة المرأة محبوسة عنه فلا يضاف وجوبه ولا تأكده إلى الشهادة شهد رجلان وامرأتان بالطلاق قبل الدخول ثم رجع رجل وامرأة فعليهما ثمن المهر أثلاثًا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة؛ لأن العبرة في الرجوع يبقي من بقي على الشهادة من يثبت بشهادته ثلاثة أرباع نصف المهر بقي ربع نصف المهر فيكون عليهما أثلاثًا. شهد رجلان بالطلاق ورجلان بالدخول ثم رجع شاهد الطلاق، لا ضمان عليهما لأنهما أوجبا نصف المهر وشاهدا الدخول أوجبا جميع المهر وقد بقي من يثبت بشهادته جميع الحق وهو شاهدي الدخول.

وإن رجع شاهدا الدخول لا غير يجب عليهما نصف المهر يثبت بشهادة شاهدي الطلاق نصف المهر فيبقى ببقائهما على الشهادة نصف المهر فيظهر أنه تلف بشهادة شاهدي الدخول نصف المهر.

وإن رجع من كل طائفة واحد لا يجب على شاهدي الطلاق شيء ويجب على شاهدي الدخول الربع؛ لأنه مع صاحبه أثبت نصف المهر فقد بقي من يثبت بشهادته نصف ذلك النصف وهو الربع فيجب عليه الربع جميعًا، وإن رجعوا بعد القضاء فعلى شاهدي الدخول ثلاثة أرباع المهر وعلى شاهدي الطلاق ربعه؛ لأن شاهدي الدخول شهدا بجميع المهر فكانا شاهدين بالنصف الذي شهد به شاهدا الطلاق لا محالة فقد تلف النصف بشهادة الفريقين فينصف الضمان عليهما والنصف الآخر يفرد به شاهدا الدخول فيقروا بضمانه. شهدا على الطلاق وآخران على الدخول ولم يفرض لها مهر ثم رجعا ضمن شاهدا الطلاق نصف المتعة وشاهدا الدخول بقية المهر؛ لأن المتعة تثبت بشهادة الفريقين فيكون نصفها ثابتًا بشهادة شاهدي الطلاق فيتعين قدر المتعة ثابتًا بشهادة الكل فوجب نصفها على شاهدي الطلاق والباقي وهو نصف مهر المثل يثبت بشهادة شاهدي الطلاق فيكون عليهما. شهدا أنه طلق امرأته ثلاثًا وآخران أنه طلقها واحدة ولم يكن دخل بها ثم رجعوا فضمان النصف من المهر على الشهود الثلاث لا غير؛ لأنه لم يقض بشهادة شهود الواحدة؛ لأنه لا يفيد حكم الواحدة لأنه يثبت حرمة خفيفة، وحكم الثلاث حرمة غليظة ولا يفيد القضاء بالحرمة الخفيفة مع القضايا بالحرمة الغليظة والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد ولو كان بعد الدخول فلا ضمان على أحد. شهدا على امرأة أنها اختلعت من زوجها قبل الدخول بها على إن أبرأته من المهر وهي تجحد ثم رجعا ضمنا لها نصف المهر؛ لأنهما أوجبا عليهما ذلك بغير عوض؛ لأن ما أدخلا في ملكها من مصالح البضع لا يصلح عوضًا عن المال؛ لأنها غير متقومة عند خروجها عن ملك الزوج؛ لأنه لا حاجة إلى إظهار حظر الملك عند زوال الملك عنها، ولو كان دخل بها ضمنا كل المهر؛ لأن مهرها بعد الدخول جميع المهر ومهرها بدل الخلع. شهدا أنه تزوج امرأة على ألف ومهر مثلها خمسمائة، وشهد آخران أنه طلقها قبل الدخول ثم رجعوا، ضمن شهود الطلاق ربع الألف وشهود النكاح ربعها؛ لأن شاهدي النكاح أوجبا على الزوج ألف درهم نصفها بعوض وهو مقدار مهر مثلها، ونصفها بغير عوض وهو ما زاد على مهر مثلها، فما أوجبا

بالعوض لا يضمنانه، وما أوجبا بغير عوض يضمنانه إلا أنه سقط نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول، وما سقط شائعٌ في النصفين فبقي عليهما ربع الألف، وأما شاهدا الطلاق فلأن نصف الألف سقط بالطلاق ونصف الآخر نصفه ضمنه شاهدي التزويج فلا يضمنانه فبقي نصف النصف فيضمنانه؛ لأنهما أكدا هذا القدر على الزوج بعد وجود سبب السقوط.

ولو شهد آخران أيضًا بالدخول وألزمه القاضي ثم رجعوا فعلى شاهدي النكاح خمسمائة، الفضل عن مهر المثل وعلى شاهدي الدخول ثلاثة أرباع الخمسمائة الأخرى وعلى شاهدي الطلاق ربعها؛ لأن شاهدي النكاح تفردا بإيجاب نصف الألف بغير عوض؛ لأن المسمى يجب بالتسمية والتسمية ثابتة بشهادة شاهدي النكاح إلا أن الدخول شرط، وكان شاهد الدخول صاحب شرط وشاهد النكاح صاحب علّة، والضمان يجب على صاحب العلة كشهود اليمين مع شهود الشرط بقي خمسمائة نصفها يفرد بإيجابه شاهدا الدخول فتفرد الضمانة والنصف الآخر تثبت بشهادة الفريقين فيكون ضمانه عليهما نصفين.

(باب الرجوع عن الشهادة في النكاح والصلح عن النفقة والمتعة)

(المبسوط): شهدا بالنكاح ثم رجعا، فإن كانت المرأة مدعية والزوج جاحد لا يضمنان للزوج شيئًا إلا إذا كان مهر مثلها أقل من المسمى، فإنهما يضمنان الفضل لأنهما أوجبا المهر على الزوج بعوض يعد له وهو البضع؛ لأن منافع البضع جعلناها متقومةً صالحة للعوض عن المال حال ورود العقد عليها إظهارًا لخطر الإبضاع المحترمة وإعظاما وإكراما للآدمية، ولهذا يجوز للأب تزويج ابنه الصغير بمهر مثلها والأب لا يملك إزالة مال الصغير إلا بعوض يعدله ويماثله، إلا أن الزيادة على مهر المثل جلب من العوض فقد أتلفا شيئًا متقوّمًا بغير عوض فيضمنانه.

وإن كان الزوج مدعيًا والمرأة منكرة للنكاح ثم رجعا لم يضمنا للمرأة شيئًا؛

لأنهما بالشهادة أزالا ملكها عن النفع بعوض يعادله، وهو مهر المثل. شهدا أنه طلق امرأته بائنًا وفرق بينهما القاضي ثم تزوجها أحد الشاهدين ثم رجع عن شهادته لا يفرق بينه وبين المرأة عند أبي حنيفة وأبي يوسف أولًا، وقال آخرًا وهو قول محمد يفرق ولا يبطل الطلاق الأول.

ولو شهدا ببيع جارية ثم رجعا يحل للمشتري وطؤها عند أبي حنيفة خلافًا لهما بناء على أن القضاء بالفرقة بشهادة الزور ينفذ باطنا عنده خلافًا لهما، ولو شهدا بقذف الزوج امرأته وفرق بينهما باللعان ثم رجعا لم يحل للزوج أن يطأها أبدًا لما عرف. شهدا أنه تزوج امرأة على مائة درهم والزوج مقر، وقالت المرأة: بل على ألف وهي مهر مثلها وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لهما تسعمائة، فإن طلقها قبل الدخول لا يضمنان شيئًا عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يضمنان في كل حال وهي فرع ما إذا اختلف الزوجان في مقدار المسمى فالقول قول من يشهد له مهر المثل عندهما، وهنا مهر المثل يشهد للمرأة فيكون القول قولها إن مهرها ألفٌ، وكان المستحق لها على الزوج ألف فهما بشهادتهما أبطلا عليها تسعمائة بغير عوض فيضمنانها لها بالرجوع، وعند أبي يوسف القول قول الزوج في الأحوال كلها فيكون المسمى للمرأة مائة درهم فهما بشهادتهما لم يبطلا عليها شيئًا، وعلى رواية الجامع قبل الدخول بها لها الأكثر من المتعة ومن نصف ما أقر به الزوج، فإن كانت المتعة أكثر من خمسين يضمنان الفضل إلى تمام المتعة؛ لأنهما أتلفا ذلك القدر عليها. شهد شاهدان أنه تزوج هذه المرأة على ألف وهو مهر مثلها، وقال الزوج بغير تسمية فقضى ثم طلقها ثم رجعا فعليها فضل ما بين المتعة إلى خمسمائة؛ لأن من زعمهما أنه لولا شهادتنا بالتسمية لكان الزوج تخلص بالمتعة فالفضل على المتعة إنما وجب بشهادتهما بغير عوض فيضمنانه. شهد آخران على الدخول ثم رجعا فعلى شاهدي الدخول خمسمائة خاصة؛ لأنه لولا شهادتهما لكان يبرأ الزوج عن خمسمائة مما أوجبا عليه بالطلاق قبل الدخول، وإنما بقي خمسمائة أخرى بشهادتهما بالدخول فيكون ضمانها عليهما خاصة وعليهما وعلى شاهدي التسمية فضل ما بين المتعة والخمسمائة نصفان؛ لأن

خمسمائة أخرى وجبت على الزوج بشهادة الفريقين ولولا شهادتهما لكان الزوج يتخلص عنها بالطلاق قبل الدخول بالمتعة.

ولو شهد آخران على الطلاق فقضى ثم رجعوا فعلى شاهدي الدخول خمسمائة؛ لأنه تفرد بها شاهدي الدخول فتفردا بضمانها وعليهما وشاهدي التسمية فضل ما بين المتعة إلى نصف المهر؛ لأنه لولا شهادتهم يتخلص الزوج بالمتعة والفضل على المتعة وجب بشهادتهم وعلى الفرق الثلاثة قدر المتعة أثلاثًا؛ لأن قدر المتعة وجب بشهادة الكل؛ لأن شاهدا الدخول شاهدان بألف فيكون شاهدان بقدر المتعة لا محالة وشاهدا التسمية أوجبا عليه خمسمائة فتكون من حبس المتعة وشاهدا الطلاق أوجبا قدر المتعة لأنهما زعما أن الفرقة جاءت قبل الدخول بها؛ لأن من جهة الزوج لولا شهادتهما وإلا لتخلص الزوج عنها بغير شيء وهذا مما يسقط المتعة، وإنما وجبت المتعة بشهادتهما شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا بعد موت الزوج ضمنا لورثته نصف المهر؛ لأنهم قائمون مقام المورث، ولا ميراث للمرأة. ادعت الطلاق أولًا أقرت الورثة إنه طلقها أولًا وهذا قول أبي حنيفة ترث، ولا يضمن الشاهدان ميراثها وهذا بناء على أن قضاء القاضي بالطلاق بشهادة الزور ينفذ ظاهرًا وباطنًا عنده خلافًا لهما.

ولو شهدا بذلك بعد موت الزوج وادعى ذلك الورثة فقضى لها بنصف المهر ثم رجعا ضمنا للمرأة نصف المهر والميراث.

(فصل)

شهدا أن المرأة صالحت زوجها من نفقتها كل شهر على عشرة، والزوج يدعي على خمسة والمرأة تدعي عشرة وقضى، ثم رجعا، فإن كانت نفقة مثلها عشرة أو أكثر لا ضمان عليهما، فإن كانت أقل ضمنا الفضل؛ لأنهما اتفقا على الصلح، واختلفا في بدل الصلح فيجعل القول قول من يشهد له نفقة المثل كما في المهر.

عندهما أنها هنا نفقة مثلها في كل شهر عشرة فيكون القول قولها وكان المستحق لها عشرة فلم يتلفا عليها شيئًا، وإن كان نفقة مثلها أقل فقد أتلفا على

الزوج الفضل؛ لأن المستحق عليه قدر نفقة المثل، ولا يمكنه رد هذا الصلح فيما مضى فيضمنانه ويمكن فسخ الصلح فيما يستقبل بأن يردها إلى نفقة مثلها، فلا يضمنان فيما يستقبل فرض القاضي للمرأة النفقة والمتعة، ثم شهدا بالاستيفاء وقضى ثم رجعا ضمنا للمرأة؛ لأن النفقة تصير دينًا بالقضاء أو بالرضاء فصارت نفقة ما مضى دينًا مستحقًّا لها على الزوج فهما أتلفا ذلك بغير عوض فيضمنانه وكذلك نفقة الأقارب.

قيل: في نفقة الأقارب سهو لأنها لا تصير دينًا بقضاء القاضي فما أتلفا شيئًا وقيل إنها متأوّلة تأويلها أن القاضي قضى له وأمره بالاستدانة عليه حتى يرجع بما استدان على المقضي عليه بالنفقة، وقد استدان وصار دينًا له على المقضي عليه فقد شهدا عليه باستيفاء دين مستحق له على المقضي عليه، فضمنا بالرجوع. تزوج امرأة بلا مهر وطلقها قبل الدخول فشهدا أنه صالحها من المتعة على عبد وقبضته وهي تنكر، ثم رجعا لا يضمنان العبد بل المتعة وإن كان مهر مثلها عشرة ضمنا له خمسة دراهم؛ لأن القاضي لم يقض لها بالعبد؛ لأن القضاء بالعبد لها مع قبض العبد لا يفيد فقد أتلفا بشهادتهما على المرأة المتعة لا العبد، بخلاف ما لو شهدا أنه صالحها من المتعة على عبد وقضى لها بالعبد، ثم شهدا بقبض العبد ثم رجعا ضمنا قيمة العبد؛ لأنه حين ما قضى بالعبد لم تقم الشهادة على قبض العبد فيفيد القضاء بالعبد لها وصار حقها في العبد فضمنا قيمته بالرجوع.

(باب الرجوع عن الشهادة في العتق والكتابة والتدبير)

شهدا بالإعتاق ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لأنهما أتلفا العبد على المولى بغير عوض لأنهما تسببا لإثبات العتق.

ولو شهدا أنه دبر عبده فقضى ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لأنه بالتدبير، فات بعض المنافع من حيث التجارة بالإخراج عن ملكه فانتقص ملكه فضمنا نقصانه

بتفويتهما ومعرفة قدر نقصانه يأتي في كتاب الجنايات.

وإن مات المولى فالعبد يخرج من ثلثه، عتق وضمن الشاهدان قيمته مدبرًا لأنهما أزالا عن ملك الورثة بغير عوض؛ لأن التدبير انعقد سببًا للحرية للحال، وتأجلت الحرية إلى ما بعد الموت وكان العتق مضافًا إليه فصارا متلفين له بالعتق فيضمنان قيمته مدبرًا لأنهما ضمنا ما نقصه التدبير مرة، فإن لم يكن له مال غير العبد عتق ثلثه وسعى في ثلثيه، وضمن الشاهدان ثلث القيمة إذا عجل العبد الثلثين؛ لأنهما أزالا هذا القدر عن ملكه بغير عوض ولم يرجعا به على العبد؛ لأن قيمة هذا الثلث لم يكن دينًا للورثة على العبد حتى إذا أدى الشاهد بدله يملكه بالضمان.

وإن عجز العبد عن قيمة الثلثين يرجع به الورثة على الشاهدين ويرجع الشاهدان بذلك على العبد عند أبي يوسف ومحمد لأنهما أزالا هذا القدر عن ملك الورثة بعوض مؤجل فيعتبر ما لو شهدا ببيع عبده من مؤجل ثم رجعا ضمنا الثمن للبائع ثم يرجعان به على المشتري؛ لأنهما أديا هذا الدين إلى المشهود له فيملكان بدله وهو الدين فكذا هذا.

شهدا أنه كاتب عبده على ألف إلى سنة فقضى به ثم رجعا ضمنا قيمته؛ لأنهما أزالا اليد المنصرفة المنقبلة للمولى عن العبد حتى عجز عن الانتفاع والارتفاق بملكه، فكان إتلافًا معنى فينهض سببًا للضمان، كما في الغصب بخلاف التدبير؛ لأنهما بإثبات التدبير ما أزالا ملك المولى رقبة ولا يدًا ولا انتفاعًا وارتفاقًا، وإنما فوتا بعض المنافع وهو انسداد باب البيع وانحسامه لا غير فيضمنان نقصانه.

ويستسعيانه بالكتابة على نجومها؛ لأن المكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى ملك فيقومان مقام المالك في حق ملك بدل الرقبة وهو بدل الكتابة، فإذا الضمان كمن غصب مدبرا فقتل في يده فأدى ضمانه له أن يرجع بالقيمة على القاتل؛ لأنه بأداء الضمان قام مقام المالك في ملك البدل وكذا هذا.

ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه إليهما، فإذا أداه عتق والولاء للذي كاتب لأنهما لم يملكان رقبته فحصل العتق على ملك المولى كالمكاتب إذا أدى بدل الكتابة إلى وارث المولى عتق والولاء للذي كاتبه فكذا هذا.

فإن عجز فردّ في الرق كان لمولاه؛ لأن الرقبة تغيبت على ملكه، فإذا انفسخت الكتابة بالعجز تغيبت على ملكه وردّ ما أخذ من الشهود عليهم؛ لأن بانفساخ الكتابة ارتفع سبب الضمان وهو زوال يد المولى فزال الضمان كالعبد المغصوب إذا عاد من الإباق، فإنه يردّ المولى ما أخذ من القيمة فكذا هذا.

شهدا أنه كاتب عبده على ألف إلى سنة وقيمته خمسمائة، ثم رجعا يخيّر المولى بين تضمين الشاهدين وبين اتباع العبد بالكتابة إلى أجله؛ لأنه يعتري من كل واحد سبب الضمان من الشاهدين إزالة اليد المنصرفة للمولى عن العبد بالكتابة ومن العبد الكتابة الصادرة برضاء العبد وهي سبب لاتباعه ببذل الكتابة، فإن اختار المولى ضمان الشاهدين وقبض منهما القيمة لم يعتق المكاتب حتى يؤدي ألفا إلى الشاهدين؛ لأنهما بأداء الضمان يقومان مقام المولى في بدل الرقبة ويتصدقان بالفضل؛ لأنه ربح استفاده بكسب خبيث، وهي شهادة الزور كما في الغصب فهذا عندهما. وعند أبي يوسف يطيب له لما عرف.

فإن تقاضى المولى المكاتب وهو يعلم برجوع الشاهدين أو لا يعلم وهو رضاء بالكتابة ولا يضمن الشاهدان؛ لأنه لا يتواليا ضمانان على محل واحد، فإذا اختار المولى بدل الكتابة فقد أبرأ الشاهدين عن الضمان ضرورة؛ لأن من ضرورة اختيار أحدهما إسقاط الآخر كما في غاصب الغاصب، إلا إذا كانت الكتابة أقل من القيمة فله أن يأخذ المكاتبة ويرجع على الشاهدين بفضل القيمة؛ لأنهما أزالا هذا القدر عن ملك المولى بغير رضاه واختيار اتباع المكاتب ليس بإجازة للكتابة؛ لأن الكتابة نافذة لازمة بقضاء القاضي وإجازة النافذ لغو ضائع، ولو صرح بالإجازة لا يبرأ الشاهد عن ضمان الزيادة؛ لأنها غير عاملة بل هي لاغية غائبة، والإجارة بالدلالة أولى أن لا يكون عاملة مبرئة.

ولو شهدا أنه باع بألف إلى ستة والمسألة بحالها، وكذلك الجواب في جميع تفاصيلها.

ادعى العبد أن مولاه كاتبه على ألف وأنها قيمته، وقال المولى: كاتبته على ألفين وأقام البينة وقضى فأداها ثم رجع الشهود ضمنوا ألف درهم للمكاتب؛ لأنهما

أوجبا على المكاتب زيادة ألف بغير عوض حصل له، وإن كان المكاتب ينكر الكتابة وادعى المولى على ألفين لا تقبل بينته عليه ويقال للمكاتب؛ إن شئت فامض على الكتابة أو دع؛ لأن القضاء بالكتابة مع جحود العبد لا يفيد؛ لأن المكاتب يملك فسخ الكتابة بأن يعجز نفسه، ومتى فسخ الكتابة ارتفع العقد فلا يفيد القضاء بالكتابة مع جحوده فلم يقض بها ولكنه يخيّر على هذه الرواية؛ لأن الجحود ممن يملك الفسخ لم يجعل فسخًا بل تخييرًا وتفويضًا وعلى رواية الرهن لا يخيّر؛ لأنه اعتبر جحوده فسخًا فانفسخت الكتابة بجحوده ولو شهدا أنه عبد فلان فأعتقه على مال ثم رجعا لم يضمنا له شيئًا؛ لأن بدل العتق ما وجب بالشهادة، وإنما وجب بإيجاب المولى وقبول العبد والمولى مختار في هذا الإيجاب غير مضطر فيه من جهة الشاهد، فلا يكون وجوب هذا المال مضافًا إلى شهادته. شهدا أنه أعتق عبده على خمسمائة وقيمته ألف فقضى ثم رجعا إن شاء ضمن الشاهدين بالألف ورجعا على العبد بخمسمائة وولاء العبد للمولى؛ لأنهما بشهادتهما أتلفا على المولى قيمة العبد وهي ألف خمسمائة بغير عوض وخمسمائة بعوض مؤجل وهو السعاية فصار كما لو شهدا ببيع عبده بثمن مؤجل فرجعا ضمنا الثمن للبائع ثم رجعا به على المشتري فكذا هذا. شهد أنه أعتق عبده عام أول في رمضان وقضى القاضي بعتقه ثم رجعا ضمنا قيمة العبد يوم أعتقه القاضي، وحكمه في حدوده وجزاء جنايته فيما بين رمضان إلى أن أعتقه القاضي حكم حر؛ لأن القاضي أثبت حريته من رمضان بالبينة والثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة.

ولو عاينا أنه أعتقه في رمضان كان حرًا في رمضان فكذا هذا. وفي حق إيجاب الضمان يعتبر حرًا يوم القضاء؛ لأن التلف حصل يوم القضاء؛ لأن المنع والحيلولة بين المولى وعبده حصل يوم القضاء. شهدا أنه طلق امرأته عام أول في رمضان قبل الدخول بها وقضى به وألزمه نصف المهر ثم رجعا وضمنا، ثم شهد آخران أنه طلقها عام أول في شوال قبل الدخول بها لم يقبل ولا ينتفع به الأولان؛ لأنها صارت مبانة بالطلاق الأول قبل الدخول فلا يتصور تطليقها بعد ذلك، وكانت الشهادة الأخيرة باطلة وبقي الضمان على الفريق الأول بحاله.

ولو أقر الزوج بذلك يرد على الشاهدين ما ضمنا فكذلك إقرار المولى بالعتق قيل هذا عندهما خلافًا لأبي حنيفة بناء على نفاذ القضاء باطنًا، فمتى نفذ القضاء في رمضان باطنًا عنده لم يصح إقراره بالطلاق أو بالعتق في شوال من هذا العام، فبقي المتلف مضافًا إلى شهادتهما لا إقراره، وعندهما لما لم يفد القضاء باطنًا نفي النكاح والرق إلى شوال باطنًا، فصح إقراره في شوال وكان التلف إلى إقراره لا إلى الشهادة. شهد أنه حلف يعتقه إن دخل الدار، وشهد آخران أنه دخل ثم رجعوا ضمن الشهود الثمن؛ لأن العتق مضاف إلى إيجاب الحرية وهو قوله أنت حرٌّ لا إلى الشرط وهو الدخول.

ولو شهدا بالتدبير وآخران بالعتق فرجعوا فالضمان على شهود العتق؛ لأن القضاء بالتدبير مع العتق لا يفيد؛ لأن حكم التدبير بقاء الرق إلى وقت الموت، ولا ينفي الرق مع العتق البات المنجز فلا يقضي بالتدبير، فإن قضي بشهادة التدبير ثم شهد آخر أنه بالعتق البات فقضى به، ثم رجعوا ضمن شهود التدبير ما نقضه التدبير وشهود العتق قيمته مدبرا؛ لأن القضاء بالتدبير يفيد حكمه؛ لأن ليس حالة القضاء بالتدبير شهادة قائمة بالعتق فأمكن القضاء بالتدبير، وقد مكنا وأدخلا نقصًا فيه فضمنا نقصانه وشاهدا العتق أزالا المدبر عن ملكه بغير عوض فيضمنان قيمته مدبرا.

(باب الرجوع عن الشهادة في الولاء والنسب والميراث)

(المبسوط): ادعى أنه ابن فلان والأب ينكر فأقام البينة فقضى ثم رجعوا لا ضمان عليهم؛ لأنهما شهدوا بالنسب والنسب ليس بمال فلا يجوز تضمينه بالمال، وكذلك لو أقام البينة أن هذا مولاه أعتقه وهو يقول أنا حرُّ الأصل رجعوا، وكذلك لو مات مورثه ثم رجعوا أيضًا.

ولو شهدوا أنه ابن هذا القتيل لا وارث غيره، والقاتل يقر بالقتل عمدًا فقضي بالقصاص وقتله الابن ثم رجعوا فلا ضمان عليهم في القصاص؛ لأنه ليس بمال ويضمنوا ما ورثه هذا الابن من القتيل لورثته المعروفين وعليهم التعزير؛ لأن

الشهادة بالنسب بعد موت المورث وقعت على استحقاق المال وهو الميراث مقصودًا وعلى إثبات النسب تبعًا؛ لأن النسب غير مقصود بالدعوى، ولهذا لا تصح دعوة النسب بعد الموت بدون دعوة الميراث في غير الأب والجد، فأما في حال حياة المورث النسب مقصود بالدعوى والشهادة؛ لأن النسب لا ينتهض سببًا لاستحقاق المال في الحال، ولهذا يصح دعوته بدون دعوة الحق. شهد رجل مسلم أن أباه مات مسلمًا وعرف كافرًا وللميت ابن آخر كافر، ثم رجعوا ضمنوا الميراث للكافر الوارث؛ لأنهما شهدا بالنسب وبإسلام الأب بعد الموت فكان المقصود هو استحقاق الميراث لا النسب والإسلام. ادعى رجل نسب زوجين وأقام البينة وقضى به وفرق بينهما ثم رجع الشهود لا يصح رجوعهما، ولا يضمنا شيئًا ولا يطأها الزوج؛ لأنهما لم يتلفا ماليتهما بشهادتهما؛ لأن ماليتهما قد تلفت بالإعتاق من المولى قبل شهادتهما، وإنما أثبتا النسب عليهما للمدعي وأتلفا ملك النكاح على الزوج، والنسب والنكاح ليسا بمال وقد قضى القاضي بالحرمة بينهما فلا يقربها، كما لو شهدا عليه بالطلاق بزور لا يقربها فكذا هذا. صبية في يد رجل ادعى أنها أمته فشهدا أنه أقر أنها ابنته فقضى القاضي به ثم رجعا ضمنا قيمتها؛ لأن مالية الأمة إنما تلفت بشهادتهما بغير عوض، فإن ماتت عن مال حل له أخذه؛ لأنه كسب أمته أو كسب ابنته فيملكه بالإرث أو بملك اليمين. عبد صغير وأمة في يد رجل فشهد شاهدان أنه أقر أنه ابنه، وشهد آخران أنه أعتق هذه الأمة وتزوجها على ألف وهو يجحد كله فقضى، ثم مات عن اثنين آخرين فقضى للمرأة بالمهر وقسم الميراث ثم رجعوا شهود الابن يضمنون قيمته للورثة إلا نصيب الابن منها، ويضمن شهود الأمة قيمتها إلا ميراث الأمة منها، ولا يضمنون غير ذلك إلا أن يكون المهر أكثر من مهر مثلها فيضمنون الفضل إلا ميراثها منها؛ لأن القضاء بالنكاح وبالنسب بشهادة الزور ينفذ باطنًا عند أبي حنيفة، فيثبت النكاح والنسب فصار قيمتهما ميراثًا لهما فترفع حصتهما من قيمتهما عن الشهود؛ لأنهما يصدقانهم في الشهادة يكذبانهم في الرجوع فبقي القضاء ماضيًا على حاله في حقهما، والشهادة بالنكاح وجدت حالة الحياة وذلك لا يوجب استحقاق الميراث في الحال، فلا يكون

استحقاق الميراث مضافًا إلى شهادتهم حتى لو شهدوا بذلك بعد الموت يضمنون جميع القيمة للورثة. مات عن عبدين وأمه ومال، والمسألة على قسمين: **أحدهما:** لو شهد شاهدان أن فلانًا أخوه ووارثه لا وارث له غيره فقضي له بالمال والعبدين والأمة، ثم شهد آخران أن أحد العبدين بعينه ابن الميت فأعطى له الميراث كله، ثم شهد آخران أن العبد الثاني ابن الميت أعتق هذه الأمة وتزوجها في صحته فقضي به وجعلت وارثة، ثم رجع شاهد الابن الأول ضمنا قيمته بين الابن الآخر والمرأة أثمانًا، ولذلك لو لم يرجعا ورجع شاهد الابن الثاني ضمنا قيمته بين الابن الأول والمرأة أثمانا، ويضمنان ميراثه تاما لأخيه دون المرأة؛ لأنهما أتلفا قيمته لأخيه وللمرأة، وأتلف ميراثه لأخيه لا للمرأة؛ لأن حقها ثمن جميع المال وقد استوفت ثمنها من جميع المال، وإنما صارا متلفين للميراث؛ لأن الشهادة بالنسب بعد الموت شهادة باستحقاق الميراث مقصودًا، أو لو لم يرجعوا ورجع شاهدا المرأة ضمنا قيمتها وميراثها بين الاثنين؛ لأنهما بالرجوع الاثنان زعما أنهما أتلفا الأمة وميراثها على الاثنين، وقد صدقهما الابن في ذلك، وهذا إذا كذب بعضهم بعضًا، وأما إذا صدق بعضهم بعضا في كونه وارثًا لا يضمنان لأحد شيئًا؛ لأنه يكذبهما في الرجوع والمقر له متى كذّب المقر في إقراره لم يلزمه شيء. وأما **القسم الثاني:** لو شهد على ذلك كله شاهدان ينظر: إن شهدا على كله متعاقبًا ثم رجعا عن الشهادات كلها كان الضمان عليهما كذلك وسواء رجعوا معًا أو متعاقبا؛ لأن أصل الشهادة كان مختلفًا بعضهم قبل بعض فصار كأن الشهود فرق مختلفة؛ لأن كل واحد منهم صار مشهودًا به ومشهودًا عليه، ولهذا لم تنتقض هذه الشهادة بتكذيبهم وإن شهدا على ذلك كله معًا وبعضهم يكذب ثم رجعا ضمنا ثمن الميراث من المال وقيمتها للابن نصفين؛ لأن الفرق المختلفة بمنزلة الواحدة فيما بين الاثنين والمرأة؛ لأن كل واحد منهم مشهود به، ومشهودٌ عليه وتكذيب المشهود عليه الشهود لا تبطل الشهادة، ويضمنان من قيمة كل ابن لصاحبه سبعة أسهم من ثمانية والثمن للمرأة، وكذلك لو رجعا عن الشهادة متعاقبًا. رجل له جاريتان لكل واحدة ولد ولدته في ملكه، فشهد شاهدان لأحد الولدين أنه ادعاه وهو ينكر، وآخران لآخر بمثله فقضى

بالبنوة وأميّة الولد لهما، ثم رجعا فلا يخلو إما أن كانت الشهادة والرجوع حال حياة الولد، أو الشهادة حال حياته والرجوع بعد وفاته أو كلاهما بعد وفاته، فإن كان كلاهما حال حياته ضمن كل شاهد قيمة الولد الذي شهد به ونقصان قيمة أمه أم الولد؛ لأنه أتلف على المشهود عليه ملكه في الولد المشهود به ومكن نقصانا في أمه بسبب الاستيلاء، فإذا عزما واستهلكه الأب ثم مات ولا وارث له غيرها وكل واحد من الاثنين يجحد صاحبه ضمن كل واحد من الشاهدين للولد الآخر نصف قيمة أم الولد الذي شهد به لأنهما أتلفا على الميت ملكه فيها؛ لأنها عتقت بعد موته بسبب شهادته فصارا ضامنين قيمتهما للميت، إلا أنهما ضمنا نقصان الاستيلاء للميت وأدياه إليه فلا يضمنان مرة أخرى، وإنما يضمنان الباقي والباقي أم الولد، ويرجع شاهدا كل ولد من ميراثه الذي ورثه بجميع ما أخذ منهم الولد في حياته؛ لأن كل ولد يزعم أنهما صادقان في الشهادة وما أخذ الأب منهما أخذه بغير حق وصار ذلك دينًا على أبيه والولد الآخر يكذبه في ذلك، وأحد الوارثين إذا أقر بدين على الميت فكذبه الآخر وأنه يستوفي ذلك من نصيبه خاصة والشاهد بالرجوع، وإن كان يكذبه فيما أقر للشاهد والإقرار يبطل بإقرار المقر له بالتكذيب إلا أن الإقرار بالمال هاهنا ما ثبت مقصودا، وإنما ثبت ضمنًا للنسب والنسب لا يبطل بالتكذيب فكذلك ما نسب ضمنا له وصار كمن قال اشتريت هذا العبد من فلان وكذبه البائع كان للبائع أن يصدقه بعد ذلك ويأخذ الثمن؛ لأن الشراء مما لا يبطل بتكذيب البائع فكذلك الإقرار بالثمن ضمنا له، وإن كانت الشهادة حال حياة الولد والرجوع بعد وفاته ضمن كل شاهدين لمن لم يشهد له نصف قيمة الولد المشهود به ونصف أمه غير أم الولد، ولم يضمنوا الميراث لأنهما لم يضمنا نقصان الاستيلاء للولد لعدم رجوعهما حال حياته، وإن كان كلاهما بعد موته وله أخ لأب وأم، ضمن كل فريق للذي لم يشهدوا له؛ لأنهما رقيقان بعد موت المولى؛ لأن الشهادة بالنسب بعد الموت شهادة على استحقاق المال فأضيف التلف إلى شهادتهما فضمنا الميراث أيضًا ولم يضمنوا للأخ شيئًا؛ لأن المقر به صار مستحقًّا بشهادة غيرهما بقضاء القاضي فصار الشاهد مكذب شرعًا بالقضاء والإقرار إذا اتصل به تكذيب القاضي

يبطل، وكذلك لو كان الشهود شاهدين شهدا بذلك كله والولدان صغيران، ثم كبر الولدان فصدق كل واحد فيما شهد له به، وكذبهما في الشهادة لأخيه، ثم رجعا فالحكم كما إذا ثبت نسب كل واحد بشهادة شاهدين؛ لأن الفريق، وإن كان متحدًا فالشهادة مختلفة بضرورة كل واحد منهما مشهودًا عليه، ولو كان الولدان كبيران فشهدا أن المولى قال في كلمة: هذان ابني من هاتين الجاريتين، وادعى ذلك الولدان وقضى بذلك ثم رجعا، فإن كانت الشهادة والرجوع حال حياة الولد ضمنا للوالد قيمة الولدين ونقصان قيمة الأمتين؛ لأنهما أزالا ملكه في الولدين، ومكنا نقصانًا في الجاريتين بسبب الاستيلاء، فإن أخذ ذلك منهما، ثم مات الولد ولا وارث له غيرهما أخذا من تركته جميع ما ضمنا؛ لأن الولدان زعما أنهما كانا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع، وما أخذه الأب أخذه بغير حق وصار ذلك دينًا في تركته ولم يضمنا للولدين شيئًا؛ لأن كل واحد صدق صاحبه في أنه ابن الميت لأنهما ادعيا أن الأب ادعاهما بكلمة واحدة، ومتى صدق كل واحد صاحبه في ذلك فقد كذب الشاهدين فيما أقرا لهما من الضمان فبطل إقرارهما، ولو شهدا حال حياته ورجعا بعد موته لم يضمنا؛ لأنهما بالرجوع يقران لكل واحد من الولدين بقيمة صاحبه إلا أن كل واحد منهما يكذبهما فبطل إقرارهما، ولو شهدا ورجعا بعد موته عن أخ وهو وارثه ضمنا للأخ قيمة الولدين والأمتين والميراث كله لما بينا.

(المنتقى): ذكر عيسى بن أبان في نوادره: رجل مات وترك أخاه لأبيه لا يعلم له وارث غيره، فادعى رجل أنه أخوه لأبيه وأمه، وأقام شاهدين أنه أخوه لأبيه، وشاهدين آخرين أنه أخوه لأمه، فقضى القاضي بأنه أخ لأب وأم فأعطاه جميع الميراث، ثم رجع الشهود كلهم ضمن شاهدي أخ الأب ثلثي الميراث والآخران ثلثه؛ لأنه استحق بشهادة الأولين نصف الميراث فهو عليهما، واستحق بشهادة الآخرين سدس الميراث فهو عليهما والثلث الباقي استحق بشهادة الفريقين جميعًا فهو عليهما نصفان لاستوائهما في الإتلاف، ولو شهد شاهدان أنه أخ لأب فقضى القاضي به فأعطاه نصف المال، ثم شهد آخران أنه أخ لأم فقضى به وأعطاه النصف

الباقي، ثم رجعوا عن شهادتهم ضمن كل فريق نصف المال؛ لأنه لما اتصل القضاء بشهادته فقد أتلف خاصة ما شهد به، ولو شهد شاهدان أنه أخ لأم فقضى به وأخذ سدس المال، ثم شهد آخران أنه أخ لأب فقضى به وأخذ باقي المال وشهدوا معًا وقضى بشهادتهم متعاقبًا، ثم رجعوا ضمن كل فريق ما قضى بشهادتهم أولًا، وكذلك الوصية على هذا المثال. رجل مات وترك أخًا حرًّا مسلمًا وترك ابنًا مملوكًا ذميًا، فادعى الابن أنه قد كان أسلم وأعتق قبل موت أبيه، وأقام شاهدين على العتق وشاهدين آخرين على الإسلام، فقضى القاضي بذلك معًا وجعل الميراث له ثم رجع الشهود جميعًا، فالضمان على الفريقين نصفان، ولو أقام شاهدي العتق أولًا ثم أقام شاهدي الإسلام؛ لأن استحقاق الميراث ثبت بشهادتهما خاصة. رجل مات وترك أخوين لأم وأخًا لأب، وادعى رجل أنه أخوه لأبيه وأمه، وشهد له شاهدان أنه أخ لأب، وشاهدان أنه أخ لأم أخذ الثلثين من الأخ لأب، ثم رجعوا ضمن شاهدي الأخ لأب ثلاثة أرباع ما أخذه والآخران ربعه؛ لأنه استحق بشهادة الأوليين نصف ما أخذه واستحق النصف الآخر بشهادة الفريقين، ولو ترك أخا لأب وأخًا لأم ثم ادعى رجل أنه أخوه لأبيه وأمه وأقام البينة كما وصفنا، وأخذ خمسة أسداس الميراث من الأخ لأب، ثم رجع الشهود ضمن شاهدي أنه أخ لأب ثلاثة أسداس المأخوذ وربع سدسه، وضمن الآخرين سدسه وثلاثة أرباع سدسه والباقي عليهما؛ لأنه استحق بشهادة الأوليين نصف المال فهو عليهما وذلك سدسان ونصف، واستحق بشهادة الآخرين سدس المال وهو عليهما بقي سدس ونصف سدس استحقه بشهادة الفريقين فهو عليهما.

(الجامع): أصله: أن المشهود به متى كان مستحقًّا بشهادة غيره لم يضمن الشاهد الراجع؛ لأن التلف لا يضاف إلى شهادته، وإذا لم يكن مستحقًّا بشهادة غيره يضمن المشهود به؛ لأن تلفه انضاف إلى شهادته. رجل مات عن وديعة ألف عند رجل مقر بها أقام رجل شاهدين أنه عمه لأبيه وأمه لا يعلمان له وارثًا غيره فقضى به، ثم أقام آخر البينة أنه أخ الميت لأبيه وأمه، فإنه يقضي به ويسترد المال من العم ويدفع إليه؛ لأن هذه البينة قامت على الخصم وهو العم؛ لأن المال في يده وهو يزعم أنه له

وينكر كونه أخًا فينتصب خصمًا، فإن أقام آخر البينة أنه ابن الميت لا يعلمان له وارثًا غيره ويرده الأخ على الابن، فإن رجعوا جميعًا ضمن شهود الابن للأخ ولا يضمن شهود الأخ للعم؛ لأن شاهدي الابن بشهادتهما أزالا ملك الأخ؛ لأن زوال ملك الأخ غير مستحق عليه بشهادة غيرهما، وكان مضافًا إلى شهادتهما لا غير، وزوال العم مستحق بشهادة شاهدي الابن وشاهدي الأخ وكان ملكه زائلًا بشهادة أربعة نفر وقد بقي اثنان على الشهادة؛ لأن رجوع غيرهم يعمل في حق الغير لا في حقهما فصارت كأنهما قائمين على الشهادة في حق شاهدي العم فلم يصر التلف مضافًا إلى شهادتهما، وشهود العم لا يضمنان للمودع وإن أزالا يده؛ لأن زوال يد المودع مستحق بشهادة شاهدي الأخ والابن، فإنه لولا شهادتهما لعم لا يستحق زوال اليد بشهادة الأخ والابن فكانت يد المودع زائلة بشهادة ستة نفر وقد بقي أربعة على الشهادة، وكذلك لو جاؤوا جميعًا وشهدوا جملة قيل ينبغي أن لا يقضى بشهادة العم والأخ؛ لأنه ليس بخصم ووارث مع الابن، قلنا: إنما يصيران محجوبين بالابن بعد القضاء بالنسب للابن، فأما قبل القضاء فتصح دعواهما النسب والوراثة وإقامتهما البينة.

(باب الرجوع عن الشهادة على الوصية)

(المبسوط): ادعى رجل أن فلانًا الميت أوصى له بالثلث من كل شيء وأقام البينة فقضى، ثم رجعوا ضمنوا جميع الثلث؛ لأنهما أزالا الثلث عن ملك الورثة، وكذلك لو شهدوا أنه أوصى له بالثلث في حياة الميت فلم يختصموا حتى مات قيل له: الموصى له لا يملك إثبات الوصية على الموصي في حياته ولا على الوارث؛ لأنه ليس بخصم قلنا الشهادة إنما تصير موجبة عند القضاء، فإذا وجد القضاء بعد الموت فكأنهما شهدا ابتداء بالوصية بعد الموت فكانت مسموعة؛ لأنها قامت على خصم وهي الورثة، قيل له: أن الموصي يملك فسخ الوصية وهو جاحد للوصية، والجحود ممن يملك الفسخ يكون فسخًا، قلنا في جحود الموصي هل يكون فسخًا؟ روايتان في رواية الوصايا تكون فسخًا وفي رواية الجامع لا تكون فسخًا، وكانت المسألة مبنية على رواية الجامع. شهدوا بعد موته أنه أوصى بهذه الجارية لفلان

ويخرج من ثلثه فقضي له بها فوطئها فولدت منه أو من غيره، ثم رجعوا ضمنوا قيمتها يوم قضي بها، ولا يضمنون العقر ولا قيمة الولد؛ لأن العقر إنما يجب بدلًا عن استيفاء منافع البضع، وهي ملحقة بالأجزاء قد جلت في ضمان القيمة كسائر أجزائها، وأما الولد فلم يوجد منهما إزالة الملك واليد فيه بإتلاف الأم إنما منعنا حدوثه في يده فلم يضمن كما في الغصب.

وإن اختلف الشاهدان والورثة في قيمتها ينظر: إن كانت الجارية ميتة فالقول قول الشاهد؛ لأن الورثة يدّعون عليه زيادة ضمان وهو ينكر، فإن كانت قائمة، فإنه بحكم الحال فالقول قول من يشهد له الحال قيمتها ألفان فالقول للورثة، فإن كانت ألفًا فللشاهد؛ لأن القيمة قائمة للحال ولم يوجد ما يسقطها فالظاهر دوامها وبقاؤها على ما كانت والحال قد يدل على الماضي، كالأجير والمستأجر إذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه، ولو أقام الورثة البينة أو الشاهدان إن أقاما البينة يؤخذ بها؛ لأن تحكيم الحال لا عبرة به متى قامت البينة بخلافه.

(**الجامع**): مات عن ثلاثة آلاف وابن فشهد رجلان أن الميت أوصى لهذا الرجل بثلث ماله، وآخران لآخر بمثله، وآخران لثالث بمثله والابن جاحد والموصى لهم بعضهم يجحد بعضًا فقضى القاضي بالثلث بينهم، ثم رجعوا لم يضمنوا للابن شيئًا. فرق بين هذا وبين رجل في يده عبد فشهد شاهدان بأنه ملك هذا أو قضى له، ثم شهد آخران بمثله على المقضي عليه فقضى به، ثم شهد آخران بمثله على الثالث فقضى به، ثم رجعوا ضمن كل فريق للمشهود عليه قيمة العبد. والفرق أن في الأولى الابن صار مقضيًا عليه بشهادة كل فريق؛ لأن كل واحد يدّعي بلغي الملك من جهة الميت فصار الميت مقضيًا عليه، والوارث يدعي بلغي الملك من جهة الميت فصار مقضيًا عليه أيضًا، وكل فريق يقول للوارث: الثلث ما أزيل عن ملكك بشهادتنا لا غير، وإنما أزيل بشهادة كل الفريق، فإنا لو لم نشهد أصلًا يكون الثلث زايلا عن ملكك فلم يصر التلف مضافًا إلى شهادة كل فريق، وضمن كل فريق للباقين ثلث الثلث بينهما نصفان؛ لأنهما أزالا عن ملكه ذلك القدر، وفي الثالثة كل واحد صار مقضيًا عليه بشهادة الفريق الواحد؛ لأن القضاء بملك مرسل على إنسان يكون مقصورًا عليه فيستحق الملك على كل واحد منهم بانفراده لاحتمال تجدد

الملك، واستئنافه في حق كل واحد بانفراده فيكون زوال الملك مضافًا إلى شهادة كل فريق فيتعذر التلف والإتلاف فيتعذر الضمان. مات وترك عبدين قيمة كل واحد ألف وثلث ماله ألف فشهد شاهدان أنه أوصى لهذا الرجل بهذا العبد وقضى به وشهد آخران أنه أوصى بهذا العبد الآخر لآخر، فالقاضي يرد نصف العبد الأول إلى الورثة ويقضي بنصف العبد الآخر للثاني، فإن رجع الشهود لم يضمنوا للوارث شيئًا؛ لأن شاهدي الأول إن أخرجا العبد الأول وأزالاه عن ملك الوارث، فالفريق الثاني بشهادتهما أعادا العبد إلى يد الوارث فيبرأ الأوليان عن الضمان كالمغصوب إذا وصل إلى يد المالك من جهة غير الغاصب يبرأ عن الضمان، وشاهدي الثاني إن أخرجا العبد الثاني عن ملك الوارث فقد أدخلا العبد الأول في ملكه؛ لأن الوصية لا تزيد على الثلث فكان الإخراج منوطًا بالإدخال فكان إتلافًا بعوض يعادله ويضمن كل فريق للموصى له الآخر نصف عبده؛ لأنه أتلف عليه نصف عبده بغير عوض.

ولو خرج العبدان من الثلث ضمن الفريق الثاني قيمة العبد الأول للموصى له الأول، وضمنا قيمة العبد الثاني للوارث أيضًا، لأنهما أتلفا بغير عوض.

ولو كان الثلث ألف وخمسمائة، وقيمة كل عبد ألف ضمنوا للموصى له الأول قيمة العبد الأول كاملة، ويضمنون للورثة نصف قيمة العبد الثاني؛ لأن النصف من العبد الأول لا يصلح عوضًا عن الثاني؛ لأنهما يقدران على إخراج نصف العبد الثاني من ملك الوارث من غير إدخال شيء من العبد الأول في ملكه؛ لأن ذلك يخرج من ثلث ماله والنصف الآخر يصلح عوضًا؛ لأنهما لا يقدران على إخراجه عن ملك الوارث إلا بإدخال نصف العبد الأول في ملكه فقد أتلفا نصفه بغير عوض ونصفه بعوض.

ولو كان الثلث ألفان وقيمة العبد الأول ألف وقيمة الثاني ألفان ضمن الآخران للموصى له قيمة عبد، ويضمنان للوارث نصف عبده؛ لأن النصف الثاني يخرج من ثلث ماله؛ لأن ثلث ماله ألفان، ونصفه لا يخرج فكان نصفه عوضًا ونصفه لا فقد أتلفا العبد الثاني نصفه بعوض ونصفه بغير عوض. عبد في يد رجل شهد شاهدان أنه وهبه لرجل وسلّمه إليه، وشهد آخران بمثله لآخر فقضى بينهما، ثم رجعوا

ضمنوا للواهب قيمة العبد كل فريق نصفًا، ولا يضمنان للموهوب له بخلاف الموصيين؛ لأن الوصية بعد الوصية صحيحة فيكون العبد زائلًا عن ملك الوارث بشهادة كل فريق فلكل فريق أن يدفع الضمان عن نفسه فيقول العبد زال عن ملكك بشهادة الفريق الثاني لا بشهادتنا، فأما الهبة بعد الهبة فغير صحيحة فلا يكون العبد زائلًا عن ملكه بشهادة كل فريق، بل اعتبر زائلًا بشهادة الكل. مات وترك عبدًا قيمته ألف لا مال له غيره، وأوصى بعتقه فشهد شاهدان من ورثته لرجل على الميت بدين خمسمائة لم يقبل، وإن شهدا بدين ألف يقبل؛ لأن الدين متى لم يستغرق قيمة العبد يجرَّان شهادتهما إلى أنفسهما مغنمًا؛ لأنهما يثبتان حق البيع لأنفسهما؛ لأنه متى ثبت الدين يباع العبد بالدين وقبل ثبوته لا يباع؛ لأنه ثبت حق العتق للعبد بقدر الثلث وفي البيع منفعة لهما؛ لأنه متى بيع العبد بالدين بطلت الوصية، فإذا قضي للغريم خمسمائة يبقى لهما خمسمائة، ومتى استغرق الدين بقيمة العبد لا يسلم لهما من ثمنه شيء فلم يجرا بشهادتهما مغنمًا فلم يكن فيهما متهمًا، وإن كان العبد وصية لرجل، والمسألة بحالها فثلث في الحالين؛ لأن حق البيع كان ثابتًا لهما قبل شهادتهما، فإنه كان لهما أن يبيعاه بينهما ومتى قبلت شهادتهما ينتقل حق البيع ويتحول إلى القاضي فيجران إلى نفسهما ضرًّا لا مغنمًا.

ولو شهدا بالوصية بالثلث لواحد فقضى له به وشهد آخران أنه رجع عن هذه الوصية وما وصى بالثلث لهذا فقضى به واسترد من الأول، ثم شهد آخران أنه رجع عن هذه الوصية فأوصى بالثلث لهذا فقضى به واسترد من الأوسط، ثم رجعوا جميعًا ضمن الآخران للأوسط كل الثلث، وضمن الأوسطان للأول نصف الثلث، ولا يضمن الأولان شيئًا؛ لأن الآخران أتلفا على الأوسط جميع الثلث بغير عوض؛ لأنه لولا شهادتهما للأصغر وإلا تسلم جميع الثلث للأوسط، والأوسطان أتلفا على الأول نصف الثلث بغير عوض؛ لأنه لولا شهادتهما للأوسط وإلا كان الثلث للأكبر والأصغر نصفان؛ لأن بينة الأصغر أثبتت الوصية له ولم تثبت رجوع الوصي عن وصية الأكبر وبينة الأكبر لم تشهد على الأوسط والأصغر بشيء، وإنما شهدت على الوارث ولم يضمنا للوارث لما قلنا.

(فصل)

أصله: أن الوصيتان متى كانتا تخرجان عن الثلث لا يكون الأول عوضًا عن الثانية لأنهما يقدران على إخراج العبد وإزالته عن ملك الوارث من غير إدخال العبد الأول في ملكه فلم يكن الإخراج منوطًا بالإدخال، وكان إتلافًا متعريًا عن العوض فانتهض موجبًا للضمان، ومتى كانت الثانية لا يخرج من الثلث كان العبد الأول عوضًا عن الثاني؛ لأنهما لا يقدران على إخراج الثاني عن ملك الوارث إلا بإدخال الأول في ملكه وكان الإخراج منوطًا بالإدخال غير منفكان في الحال فكان الأول عوضًا عن الثاني فكان إتلافًا بعوض، وإن كان بعض الثاني يخرج من الثلث دون البعض بقدر ما يخرج لا يصلح عوضًا وبقدر ما لا يخرج يصلح عوضًا. رجل مات عن ثلاثة أعبد قيمتهم سواء فشهد شاهدان أنه أوصى هذا العبد لهذا وقضي له، ثم شهد آخران بالرجوع عنه وبالوصية بهذا الآخر لآخر لهذا وقضي له، ثم شهد آخران أنه أوصى بهذا العبد الثالث لثالث ورجع عن الثاني وقضي به، ثم رجعوا فلا ضمان على شهود الأول لأحد، ويضمن شهود الثاني نصف قيمة العبد الأول ويضمن شهود الثالث للثاني قيمة عبده ولا ضمان للوارث على أحد فهذه والأولى سواء.

ولو شهدوا جملة بما ذكرنا وعُدِّلوا جملة قضي بالثالث؛ لأنه ثبت الرجوع عن الوصية للأول والأوسط بالبينة العادلة قبل القضاء لهما فاستحق الثالث الثلث جملة، فإن رجعوا بعد ذلك ضمن شهود الثالث للوارث؛ لأنهما أتلفا عليه الثلث بغير عوض ولا شيء على شهود الأول والثاني؛ لأنه لم يتصل القضاء بشهادتهم فلم تصر شهادتهم مبينة فلم تصر متلفة، فإن أراد الأول تضمين شهود الثالث يقيم البينة عليهم بالوصية فيضمنهم ثم يرجع الشهود على الورثة.

وإن أراد الأول تضمين شهود الثاني يقيم بينة على الوصية فيقضى له عليهما بنصف قيمة العبد الأول. رجل أوصى بثلث ماله لرجل ودفع إليه فشهد شاهدان أنه رجع عن وصيته له قضى بالثلث للوارث ودفع إليه مرتين مرة للورثة ومرة للموصى له الأول بخلاف ما لو شهدا بالرجوع والوصية للثاني معًا، والمسألة بحالها ضمنا

ثلثًا واحدًا للموصى له والفرق أن في الأولى أتلفا الثلث مرتين مرة على الموصى له الأول؛ لأنهما أقرَّا أن الوصية الأولى كانت حقًّا، وإن الثلث كان للموصى له الأول ومرة للوارث؛ لأنهما لما شهدا بالرجوع عن الوصية الأولى وقضى القاضي بشهادتهما فقد نقل الثلث من ملك الموصى له الأول إلى ملك الوراث فهما بشهادتهما بالوصية للثاني أتلفا الثلث على الوارث؛ وفي الثانية القضاء بالرجوع والوصية وجد معًا فلا يمكن القاضي أن يقضي بعود الثلث إلى ملك الوارث مع قيام ما يمنع القضاء بالملك له؛ وهو قيام البينة على الوصية للثاني.

ولو شهدا بالرجوع عن الأولى والوصية للثاني معًا وقضى ثم رجعا عن وصية الثاني، فالقاضي يسألهما عن شهادتهما عن الرجوع أنهما ثابتان عليها أم لا، فإن شاء على شهادتهما بالرجوع ضمنا الثلث للوارث؛ لأنهما زعما أن الثلث للوارث فهما بشهادتهما للثاني أتلفا الثلث على الوارث، فإن رجعا بعد ذلك عن الرجوع ضمنا ثلثا آخر للموصى له الأول؛ لأنهما رجعا عن شهادتهما بالرجوع بعدما ضمهما القاضي للورثة فقد أقرا بالضمان على نفسهما للموصى له الأول، وعلى الوارث بثبوت ولاية الاسترداد لما دفعا من الثلث إليه فيصدقان على أنفسهما ولا يصدقان على غيرهما.

وإن لم يثبتا على الشهادة بالرجوع ضمنا الثلث للموصى له الأول ولا يضمنان للوارث شيئًا، وإن لم يجبرا على أمر الشهادة بالرجوع لم يجبرهما على البيان؛ لأن البيان غير مستحق عليهما؛ لأنه لا حق لغيره قبلهما وقضى للوارث عليهما بالثلث؛ لأنهما أتلفا عليه ذلك بالشهادة بالوصية للثاني، مات وترك عبدين كل واحد يساوي ألفين وثلث ماله ألف فشهد شاهدان أنه أوصى بهذا العبد لهذا، وشهد آخران أنه رجع عن وصية الأول وأوصى بهذا العبد لآخر، ثم رجعوا فلا ضمان على الشهود للورثة؛ لأنه عاد عين هذا العبد إلى ملك الورثة فتبرأ عن الضمان، ويضمن شهود الثاني للأول قيمة العبد، لأنهما أخرجا العبد الأول عن ملكه بغير عوض، فإن كان الثلث مثل قيمة العبدين والمسألة بحالها ضمن الآخران للوارث قيمة عبد شهدوا به لأنهما أزالا العبد الثاني عن ملك الورثة بغير عوض؛ لأن الوصيتين جميعًا

يخرجان من الثلث فلم يكن إخراج الثاني منوطًا بإدخال الأول فلا يصلح العبد الأول عوضًا عن الثاني وضمن شهود الثاني للأول قيمة العبد.

وإن كان يبلغ ألفًا وخمسمائة والمسألة بحالها ضمنوا للموصى له الأول قيمة عبده كاملة لما بينا، ويضمنون نصف قيمة العبد الآخر؛ لأنهما أزالا العبد الآخر عن ملك الورثة لكن نصفه بعوض ونصفه بغير عوض؛ لأن النصف من العبد الأول يصلح عوضًا عن الثاني؛ لأنهما لا يقدران على إخراج كل العبد الثاني من ملك الورثة إلا بإدخال نصف العبد الأول في ملكهم؛ لأن الوصية لا تخرج إلا من جميع أحدهما ونصفه الآخر.

ولو كان الثلث ألفين والعبد الأول يساوي ألفًا والثاني ألفين، والمسألة بحالها ضمن الآخران للموصى له الأول قيمة عبده، ويضمنان للوارث قيمة نصف عبده لأنهما أتلفا نصفه بغير عوض؛ لأن العبد الأول كله صار عوضًا عن نصف العبد الآخر فكان هذا إتلافًا لنصف العبد الثاني بعوض ونصفه بغير عوض.

(باب الرجوع عن الشهادة على الشهادة)

(المبسوط): وإذا شهد شاهدان على شهادة أربعة وشاهدان على شهادة شاهدين بحق فقضي به ثم رجعوا فعلى شاهدي الأربعة ثلث الضمان وعلى الآخرين الثلث عند أبي يوسف.

وقال محمد: على الفريقين نصفان؛ لأن الفروع بدل عن الأصول وحال البدل لا يجوز أن يربى على حال الأصل.

ولو كان هذان الفرعان أصلين ثم رجعا مع الآخرين لكان الضمان نصفين وكذا هذا.

لأبي يوسف: أن التلف مضاف إلى الفروع؛ لأن الشهادة صدرت منهم عن اختيار والأصل في الفعل الصادر عن قادر مختار أن يقتصر عليه ولا ينضاف ولا يسند إلى غيره إلا في حالة الإجبار وكان الفروع مباشرين للتلف والضرار فوجب

قسمة الضمان على عددهم، والفروع ستة في الحكم والاعتبار؛ لأن الثابت بشهادة اثنين على شهادة أربعة شهادة أربعة حكمًا فيجب الضمان أثلاثًا.

ولو شهد أربعة على شهادة شاهدين ضمنوا النصف. شهد الفرعان فقضى ثم رجع الأصلان والفرعان فالضمان على الفرعين عندهما.

وقال محمد: إن شاء ضمن الأوليين، وإن شاء ضمن الأخريين.

ولو رجع الأولان دون الآخرين لم يضمنا عندهما، وقال محمد: هما ضامنان، فإن قالا لم يشهدا الآخرين لم يضمنا.

لمحمد: أنه تصدى من كل واحد بسبب التلف من الفروع هو أداء الشهادة حقيقة ومن الأصول هو نقل الفروع شهادة الأصول، فإن نقل شهادة الأصول ثبت بإشهاد الأصول وبأداء الفروع وهم مضطرون ملجؤون من جهة الأصول في الأداء بعد الإشهاد فإنهم لو امتنعوا من الأداء أثموا فاعتبر الأداء محالًا ومضافًا إلى الأصول حكمًا.

لهما: أن سبب التلف نقل شهادة الأصل والأصول مثبتين لها النقل، والفروع مباشرين له؛ لأنه تخلل بين نقل شهادة الأصول وبين أداء الفروع فعل فاعل مختار وهو أداء الفروع والصَّادر منهم عن اختيار لا عن اضطرار ولخوف المأثم لا يسلب الاختيار ولا يصير الفرع آلة في النقل للأصل؛ لأن الإنسان لا يصير آلة للغير في التكلم ؛ لأنه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره فبقي تعلم الفروع مقصورًا عليهم. والمسبب مع المباشر إذا اجتمعا فالضمان على المباشر كالدافع مع الحافر، ولو رجع الأصول دون الفروع لم يضمنوا؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته جميع الحق وهو بشهادة الفروع.

(**الجامع**): شهد على شهادة شاهدين لرجل على آخر بألف، وشهد آخران على شهادة واحد عليه بألف فقضى بشهادتهم، ثم رجع أحد اللذين شهدا على شهادة الشاهدين، وأخذ اللذين شهدا على شهادة واحدة فعليهما ثلاثة أثمان الحق ثمنان على الأول وثمن على الآخر؛ لأن الأوليين أثبتا كل المال؛ لأنهما قاما مقام الشاهدين الأصليين وآخران أثبتا نصف المال؛ ولأنهما قاما مقام شاهد واحد فبقي

ببقاء أحد الأولين على الشهادة نصف المال وببقاء أحد الآخرين ربع المال، إلا أن هذا الربع شائع في النصفين في النصف الباقي والنصف الساقط؛ لأن النصف الثابت بشهادة الآخرين شائع في الكل فيكون كل ربع أثبته أحدهما شائع في النصفين أيضًا، فصار الثمن منه داخلًا في النصف الباقي والباقي نصف المال وثُمنه وذلك خمسة أثمان المال فظهر أن التالف برجوعهما ثلاثة أثمان المال فيكون على الراجعين أثلاثًا؛ لأن الثابت بشهادة أحد ضعف الثابت بشهادة أحد الأخريين فيكون عليه مثل ما على أحد الأخريين، ولو لم يرجع إلا واحد من الفريق الأول ضمن الربع؛ لأنه بقي ببقاء أحد الأولين نصف المال وبقي ببقاء الأخريين نصف المال، إلا أن هذا النصف شائع في الكل في النصف الباقي والساقط، وكان الربع داخلًا في النصف الباقي والربع الساقط وكان الباقي ثلاثة أرباع المال فيضمن الراجع ربعه.

ولو رجع بعد هذا الفريق الآخر كلهم ضمنا ربعًا آخر؛ لأن التالف برجوعهم نصف المال وكان على الراجعين نصف المال، نصفه على الأول المنفرد ونصفه على الآخرين؛ لأن أحد الأولين أثبت بشهادته مثل ما أثبته الآخران بشهادتهما.

ولو شهد كل فريق على شهادة شاهدين ورجع واحد من هذا وواحد من ذلك ضمنا ثمنين ونصف.

وذكر في (المبسوط): النصف وهذا جواز القياس والمذكور في (الجامع) جواب الاستحسان وجه القياس: أن المال يثبت بشهادة الأربع، فإذا رجع واحد من كل فريق يبقى ببقاء القائمين الثابتين على الشهادة نصف الحق؛ لأنه بقي شطر الحجة وكان الذاهب والتالف برجوعهما نصف الحق. وجه الاستحسان: أنه لو رجع ثلاثة وبقي واحد يبقى ببقائه نصف الحق؛ لأنه يشهد على شهادة اثنين فكان شطر الحجة فيعزل هذا النصف بقي النصف الآخر يثبت بشهادة القائم الآخر وبشهادة الراجعين، وكان الثابت بشهادة القائم نصف هذا النصف وهو ربع الكل؛ لأنه شهد على شهادة اثنين والشهادة على شهادة اثنين شطر الحجة؛ لأنه لو انضم إليها مثلها وجب القضاء بها، والشهادة على شهادة الواحد لو انضم إليها مثلها لا يجب القضاء.

ولو شهد بشهادة نفسه يثبت نصف هذا المال، فإذا شهد على شهادة واحد يثبت

ربع هذا النصف فربع هذا النصف ثلث بشهادته بيقين والزيادة على الربع تثبت شهادته في حال دون حال فينصف فصار الثابت بشهادة هذا القائم ربع هذا النصف ونصف ربعه وذلك ثمن ونصف عن الكل فيضم ذلك إلى النصف المعزول فظهر أن القائم بشهادة الثابتين خمسة أثمان المال ونصف ثمنه والتالف برجوع الراجعين ثمنان ونصف ثمنه.

(باب الرجوع عن الشهادة في القصاص)

(**المبسوط**): شهدا بالقصاص ثم رجعا بعد القتل والقطع ضمنا الديّة نفسًا أو دية في مالهم في ثلث شيئين في النفس وفي شيئين فما دونها ؛لأنهما تسببا لإتلاف نفس معصومة متقومة؛ لأنهما أسقطا عصمة المحل وأوجبا إهدار الدم بواسطة اتصال القضاء بشهادتهما، ولو رجعوا قبل القتل لم يضمنوا؛ لأن الإتلاف لم يتحقق.

(**الجامع**): أصله: أنه متى ظهر كذب الشاهد في المشهود به يضمن؛ لأنه ظهر أنه أزال المشهود به عن ملكه بغير عوض، والإتلاف بغير عوض حق يوجب الضمان، وإنما يظهر كذبه بيقين بأن جاء المشهود بقتله حيًّا أو بما تقوم مقام النفس كالبينة العادلة أو رجوعه عن الشهادة.

ولو شهدا على رجل أنه قتل ولي هذا خطأ وقبض كل الديّة بقضاء ثم رجع المشهود بقتله حيا، فإن شاء العاقلة رجعوا على الولي بالديّة، وإن شاؤوا على الشهود؛ لأنه تصدى من كل واحد منهما الإتلاف من الولي حسًّا وعيانًا وهو قبض مال الغير بغير حق ومن الشاهد تسببًا وحكمًا وهو إلجاء [الحاكم][1] إلى القضاء بإزالة المال عن ملك المقضي عليه وأنه إتلاف معنى واعتبارًا كما لو أكره رجلًا على أن يهب ماله فوهبه وهلك في يد القابض كان للمكرَهِ الخيار إن شاء ضمن القابض، وإن شاء ضمّن المكرِهَ فكذا هذا، فإن ضمنوا الشهود رجعوا على الولي بالضمان وقد هلك المضمون في يد الولي فصار كالغاصب الأول، وإن ضمنوا الولي لم يرجع على أحد؛ لأنه سلم للولي بدل ما هو فلم يبق عليه غرم معنى فصار

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): القاضي.

بمنزلة غاصب الغاصب، ولو شهدا بقتل وليه عمدا فقتل المشهود عليه ثم جاء المشهود بقتله حيًا فورثه المقتول بالخيار إن شاؤوا أخذوا الديّة من الولي؛ لأنه قتله بغير حق وقد سقط عنه القصاص للشبهة فيلزمه الديّة، وإن شاؤوا أخذوها من الشهود؛ لأنهم أزالوا ملك المشهود عليه عن نفسه وأبطلوا حقن دمه ولا يرجع الشهود على الولي عند أبي حنيفة وعندهما يرجعون.

لهما: أن الولي بالقتل أكد على الشاهد ضمانًا على شرف السقوط والزوال؛ لأنه متى ظهر المشهود بقتله حيًا ظهر أنه كان بالشهادة أبطل حقن دمه وأهدر عصمة نفسه وكان متلفا لذمة فاستند الضمان إليه والولي بالقتل أكده على الشاهد، فإنه لو لم يقتله لا يجب الضمان على الشاهد. له: إنه لا يجوز أن يرجع على الولي باعتبار أنه ملك المضمون؛ لأن المضمون دم وأنه لا يملك بالضمان؛ لأنه ليس بمال ولا يجوز أن يرجع باعتبار أنه أكد عليه ضمانا؛ لأنه حين قتل الولي لم يكن الضمان واجبًا على الشاهد؛ لأنه إنما يضمن إذا ظهر المشهود بقتله حيا وحين قتل الولي كانت الشهادة قائمة غير منفسخة منتقضة فلم يكن الولي بقتله مؤكدًا مقررًا للضمان على الشاهد.

ولو شهدوا على إقرار القاتل بالقتل والمسألة بحالها فلا ضمان على الشهود؛ لأن كذب الشهود لم يظهر إذ ليس من ضرورة جناية عدم الإقرار من القاتل، وكذلك لو كانوا شهود فروع.

ولو شهدوا بنكاح امرأة بألف وقضى به ثم تبين أن الرجل أبوها من الرضاعة ردت المرأة المهر ولا ضمان على الشهود؛ لأنه لم يظهر لديهما الجواز أن النكاح قد كان، وإنما جاء التقصير من القاضي حيث لم يتفحص عن حال الزوج، وكذلك لو تبين أن الشاهدين عبدين فلا ضمان عليهما، وكذلك لو شهدا على امرأة أنها اختلعت من زوجها بألف فقضى به ودفعت الألف ثم أقامت بينة أنه طلقها ثلاثًا قبل شهادتهما فلا ضمان عليهما، وكذلك لو شهدا على رجل أن فلانًا أقرضه ألف درهم ثم أقام المدعى عليه البينة أنه أبرأه ضمن الشاهدين؛ لأنه ظهر كذبهما بالشهادة بالبراءة؛ لأن ضرورة البراءة قبل الشهادة أن لا يكون عليه قرض وقت الشهود فصار كمجيء المشهود وبقاؤه حيًا بخلاف الفصل الأول؛ لأنه ليس من

ضرورة البراءة قبل الشهادة أن لا يكون القرض حقًّا له، فإذا ضمنا رجعا على المدعي؛ لأنه ظهر أن المدعي أخذ ما هو مملوك لهم ولو شهدوا في الماضي لا يضمنان.

(باب الرجوع عن الشهادة على العفو والصلح عن دم العمد)

(المبسوط): شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا لم يضمنا.

وعند الشافعي: يضمنان الديّة.

والصحيح قولنا؛ لأن القصاص ليس بمال؛ لأن المال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي إلا إذا ضرب عليه الرق والعبودية جزاء على كفره، وإتلاف ما ليس بمال لا يجوز أن يضمن بالمال لما فيه إجحاف لا إنصاف. شهدا على العفو عن دم فيه مال أو جرح عمد فيه مال ثم رجعا ضمنا الديّة وأرش الجراحة في ثلاث سنين أو سنة؛ لأنهما بشهادتهما أتلفا مالًا وهو الديّة والأرش مؤجلا فيضمنان لذلك. شهدا أنه صالحه من دم عمد على ألف ثم رجعا لم يضمنا أيهما كان المنكر للصلح، وقيل: إذا كان القاتل منكرًا يجب أن يضمنا له الألف لأنهما أوجبا عليه ألفا بغير عوض؛ لأن القصاص لم يسلم للقاتل بشهادتهما، بل كان سالمًا له قبل شهادتهما بإقرار الطالب بالعفو كشاهدي الخلع على المرأة إذا رجعا ضمنا للمرأة بدل الخلع، والجواب عنه أن القاتل متى أنكر الصلح أصلًا فمن زعمه أن القصاص إنما سلم له بشهادتهما، فإنه زعم أن القصاص لم يكن سالمًا له؛ لأن العفو والصلح صادران من الطالب، وإنما سلم له بقضاء القاضي والقضاء وجب بشهادتهما فصار القصاص سالمًا بشهادتهما في زعم القاتل فصار عوضًا عما أوجبا عليه بخلاف الخلع؛ لأن المرأة بعد ارتفاع ملك النكاح استفادت ملك منفعة البضع بملك الرقبة لا بالشهادة، فأما القاتل نفسه صارت مملوكة للطالب في حق الاستيفاء وبالصلح يملكها من جهة الطالب فصلح عوضًا عن المال.

ولو شهدا أنه صالحه على عشرين ألفًا والقاتل يجحد فقضي ثم رجعا ضمنا

الفضل على الديّة عري إتلافه عن العوض قال الطالب: عليه ألف، وقال الخصم: بل علي خمسمائة فالقول للمدعى عليه مع يمينه؛ لأنه منكر للزيادة، فإن أقام الطالب بينة على ألف يقضي ثم رجعا ضمنا الخمسمائة الواجبة بشهادتهم؛ لأن التالف بشهادتهم هذا القدر.

(باب الرجوع عن الشهادة في القتل بعد قطع طرف القاتل)

(الجامع): أصله: أن استيفاء القصاص وإمضائه يلحق بالقضاء حتى إن كل عارض يمنع القضاء يمنع الاستيفاء والإمضاء؛ لأن ملك القصاص ملك ضروري يثبت مع قيام المنافي وهو الحرية؛ لأنها منافية دافعة لاستيلاء الغير وملكه الحر، لأنها مثبتة عن الصفاء والخلوص، ولا يتحقق الصفاء والخلوص إلا بانتفاء ملك الغير وسلطته عنه فلا يظهر ملك القصاص إلا عند الاستيفاء استيفاءً للنفوس المحترمة صونا والدماء المحصونة ثلاثة شهدوا بالقتل عمدًا فقضى للولي بالقود فقطع يده ثم رجع واحد منهم فالقود على حاله؛ لأن رجوع الواحد من الثلاثة قبل القضاء لا يمنع القضاء فلا يمنع الإمضاء بعد القضاء، فإن قبله الولي ثم رجع آخر فلا ضمان على الولي؛ لأن رجوع الشاهد لا يعمل في حق المشهود له وهو الولي، ويضمن الراجع الأول ربع دية اليد في ماله ثلثا ذلك في السنة الأول وثلثها في السنة الثانية؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته نصف حق اليد، وإنما تلف بشهادة الراجعين نصفها فيكون على كل واحد منهما ربع دية اليد، ويجب في ماله؛ لأنه يجب باعترافه وتلف النفس مضاف إلى شهادة الباقين؛ لأنه حين قبل كان راجعًا عن شهادته فلا يغرم من دية النفس شيئًا، ويضمن الراجع الثاني نصف دية النفس في ماله في ثلاث سنين في كل سنة ثلثه؛ لأن التالف بشهادته نصف النفس؛ لأنه نفى من يقوم بشهادته النصف، فإن رجع الآخر مع ذلك غرم نصف دية النفس في ثلاث سنين ويضمن الراجع الأول فضل ما بين ربع دية اليد إلى ثلثها؛ لأن اليد إنما استوفيت بشهادة ثلاثة نفر فكانت الديّة عليهم إتلافًا فظهر في الآخرة أن الواجب

على الراجع الأول ثلث دية اليد وصار هذا كثلاثة نفر قطعوا يد رجل خطأ ثم قتله اثنان قيل ترد اليد فعلى غير القاتل ثلث دية اليد وعلى القاتلين دية النفس يدخل في ذلك دية اليد فكذا هذا، فإن وجد شاهد الثالث عبدًا كانت دية اليد كاملة على الأول والثاني ودية النفس على عاقلة الولي في ثلاث سنين؛ لأنه لما ظهر أن الثالث كان عبدًا ظهر أن القضاء حصل بشهادتهما فصارت اليد تالفة بشهادتهما فظهر أن القضاء بالقصاص وقع خطأ؛ لأنه قضى بشهادة الفرد؛ لأن الأول كان راجعًا حين قتله والاستيفاء من القضاء فلم يبق عند القضاء إلا شاهد واحد، والقضاء بشهادة الفرد يكون خطأ فكذلك الإمضاء ومن قتل إنسانًا بقضاء خطأ كان ضامنًا؛ لأن القاضي متى أخطأ في قضائه كان قرار الضمان على المقضي له. ثلاثة شهدوا بالقتل العمد فقضى فقطع الولي يده ثم رجع واحد فقطع رجله ثم رجع آخر بطل القود على عامة الروايات؛ لأن رجوع اثنين من الثلاثة يمنع القضاء فيمنع الإمضاء، ثم لا يخلو إما أن برأ من الجراحتين أو مات، فإن برأ فعلى الأول ربع دية اليد؛ لأنه تلف بشهادة الراجعين نصف الديّة؛ لأنه نفى من يقوم بشهادته نصف الديّة وعلى الثاني ربع دية اليد ونصف أرش الرجل؛ لأنه حين استوفى الرجل كان الأول راجعًا عن شهادته فلم يتقبل تلف الرجل بشهادته، وإنما تلف بشهادة الآخرين فكان التالف بشهادة الراجع نصف الرجل.

وإن كان الثالث عبدًا كانت دية الرجل على الولي، فإن مات منهما والثالث عبد فعلى الراجعين نصف دية النفس ونصفها على عاقلة الولي؛ لأن النفس تتلف بالجنايتين بجناية الولي وبجناية الشاهدين والشهادة جناية واحدة؛ لأن الشهادة إنما تتم عليه التلف بهما لا بأحدهما فصار الراجعون كشخص واحد، فإن رجع الثالث ولم يظهر أنه عبد، فإن برأ منهما فأرش اليد عليهم أثلاثًا وأرش الرجل على الثاني والثالث نصفان، وإن مات من ذلك كله فالديّة عليهم أثلاثًا فكان بمنزلة ما لو قطع ثلاثة نفر يد رجل ثم قطع اثنان منهم رجله ومات من الجنايتين فالديّة عليهم أثلاثًا فكذا هذا.

(باب الرجوع عن الشهادة على الجناية والعتق)

(المبسوط): عبد قيمته ألف شهد شاهدان أنه قتل ولي هذا الرجل خطأ وجحد الولي فقضى بالجناية فلم يخير حتى شهد آخران أنه أعتقه والمولى ينكر فقضى على المولى بالديّة، ثم رجع الشهود معًا ضمن شهود الجناية ألفًا وشهود العتق عشرة آلاف قيمة العبد وبسبعة آلاف تمام الديّة؛ لأن شاهدا الجناية أتلفا قدر الألف؛ لأن القاضي قضى بالجناية بشهادتهما ووقت القضاء بالجناية كان عبدًا رقيقًا ويوجب جناية العبد دفع الرقبة وقيمتها ألف، وأما شاهدي العتق فلأن القاضي قضى بالإعتاق بشهادتهما والإعتاق يزيل ملك الرقبة ويدل على اختيار الفداء فقد أتلفا ملك الرقبة وقيمتها ألف وأتلفا بدل النفس باختيار الفداء وذلك عشرة آلاف إلا أن قدر الألف من بدل النفس غرم شاهدا الجناية فلا يغرم شاهدا الإعتاق فبقي بسبعة آلاف، فإن شهدوا بالعتق أولًا قضى به ثم شهدوا شهود الجناية أنه قتل هذا الرجل قبل العتق والمولى كان عالمًا به فقضى به ثم رجعوا، ضمن شهود العتق ألفًا وشهود الجناية عشرة آلاف؛ لأن شاهدي الإعتاق ما أثبتا اختيار الفداء؛ لأن الجناية لم تكن ظاهرة وقت القضاء بالعتق، وكان القضاء بالإعتاق لا بالاختيار فصارا متلفين قيمة العبد لا الديّة، وفي المسألة المتقدمة الجناية كانت ظاهرة عند القاضي وقت القضاء بالعتق فوقع القضاء بالإعتاق وبالاختيار فصارا متلفين قيمة العبد والديّة.

وأما شاهدا الجناية فقد أوجبا الديّة؛ لأن الجناية وإن كانت شائعة على الإعتاق ولكن القضاء بالجناية لاحق عن القضاء بالإعتاق والعبرة لحالة القضاء شرعًا لا لحالة الجناية؛ لأن الشهادة إنما تصير حجة عند اتصال القضاء بها والقضاء بالجناية وقع حال حرية العبد فيكون موجبها الديّة وفي الأولى القضاء بالجناية وقع حال رق العبد وكان موجبها استحقاق الرقبة.

وإن زكوا جميعًا وقضى بها جملة فالجواب كما لو قضى بشهادة الجناية أولًا؛ لأن الشهود شهدوا بالجناية سابقًا على العتق في المسألتين، وإذا وجب القضاء بشهادتهم معًا وجب القضاء بالجناية سابقًا كما شهدوا به؛ لأن القضاء يجب على نهج الشهادة وسنتها.

ولو شهدوا أن عبده قتل ولي هذا الرجل أول من أمس وهو يعلم، وشهد آخران أنه قال أمس: إن دخل عبدي الدار فهو حر، وشهد آخران أنه دخل الدار اليوم وقضى بها ثم رجعوا ضمن شهود اليمين أرش الجناية، وضمن شهود الجناية ألف درهم ولا شيء على شهود الدخول؛ لأن شهود الدخول ما أثبتوا إيجاب العتق واختيار الفداء وشهود اليمين أثبتوا صيغة إيجاب العتق فصاروا مثبتين للعتق عند الشرط، فإذا قضى القاضي بالجناية والعتق معًا صار كأنه قضى بالجناية سابقًا وبالعتق لاحقًا؛ لأن الشهادة بالجناية وقعت سابقة. وبمثله لو شهد شاهدان أنه قال لعبده: أمرك بيدك، وشهد آخران أنه أعتق نفسه ثم رجعوا ضمن شهود الإعتاق؛ لأن شهود التفويض لم يثبتوا صيغة الإعتاق؛ لأن بالتفويض لا يعتق العبد ما لم يباشر الإعتاق. مرتدة ادعت على رجل أنك تزوجتني على ألفين وأنا مسلمة ودخلت بي وطلقتني ثم ارتدت، وشهد شاهدان بالنكاح على ألفين وشاهدان أنه دخل بها وطلقها أمس فإنها ارتدت اليوم فقضى بشهادتهم معًا أو قضى بشهادة النكاح قبل شهادة الدخول ثم رجعوا فلا ضمان على شهود النكاح، ويضمن الشهود ألفين؛ لأن شهود النكاح ما أتلفوا شيئًا؛ لأن القاضي لئن كلف الزوج بأداء شيء من المهر؛ لأنه قاربه المبري والمسقط للمهر عن الزوج وهو رده المرأة قبل الدخول بها كما لو عاين القاضي نكاحها ثم عاين ردتها قبل ظهور الوجوب لا يقضى على الزوج بالمهر لقيام المسقط للحال، وكما لو أقام البينة على الدين وأقام المديون البينة على الإبراء لا يقضى عليه بشيء وشاهدا الدخول أوجبا المهر لأنهما أوجبا الدخول والردة بعد الدخول ليس بمسقط للمهر فصارا متلفين على الزوج الألفين.

ولو قضى بشهادة الدخول أولًا ثم رجعوا ضمن شهود الدخول مقدار مهر متلفا وشهود النكاح الفضل الذي شهدوا به على مهر مثلها وهو ألف؛ لأن حال ما شهدوا بالدخول والطلاق لم تكن ثمة تسمية فصار قاضيًا بمهر المثل فضمنا ذلك القدر بالرجوع وحين قضى بالنكاح مع التسمية كان الدخول مقضيًا به وردّه المرأة بعد الدخول غير مسقط فلم يفارق المسقط القضاء بالمهر هنا فيحصل القضاء بالمهر بشهادة شهود النكاح فلم يضمنوا قدر مهر المثل وضمنوا ما زاد عليه والله أعلم.

كتاب التزكية

التزكية مشروعة والعدالة مشروطة في الشهادة المستورة لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ﴾ [الطلاق: ٢] فقد شرط العدالة في الشهادة والعدالة إنما تعرف بالامتحان والتجربة أو بالسؤال والتعرف عن حاله عند اشتباهه واستتاره.

ورُوي أن رجلين شهدا عند عمر رضي الله عنه فقال: إني لا أعرفكما ولا يضركما إذا لم أعرفكما فأتنا بمن يعرفكما فجاءا برجل، فقال عمر لذلك الرجل: هل تعرفهما؟ فقال: نعم، فقال: أكنت معهما في السفر الذي يتبين به جواهر الناس فقال: لا، فقال: أكنت جارهما تعرف صباحهما ومساءهما؟ فقال: لا، فقال: أعاملتهما بالدراهم والدنانير فقال: لا فقال: يا ابن أخي إنك إذا لا تعرفهما فعمر لم يقض قبل السؤال؛ ولأن رجحان الصدق على الكذب في خبر من ليس بمعصوم عن الإفك إنما يعرف بالعدالة ظاهرًا؛ لأن العدالة عبارة عن الانزجار والاجتناب عن الفسوق والأباطيل والاستقامة على حدود الدين، والعدالة لا تعرف إلا بما ذكرنا. [والله أعلم بالصواب][(١)].

(باب معرفة العدالة)

للعدالة شرائط منها: أن يكون ملازمًا للجماعة محافظًا عليها؛ لأن المخلص إنما يتميز من المنافق بالمحافظة والمواظبة على الجماعات فكذا العدل من الفاسق، ومنها: أن يكون معروفا بصحة المعاملة في الدينار والدرهم لأن يزداد الرجل وصيانته وورعه وديانته إنما تعرف بصحة معاملته لقول عمر رضي الله عنه: لا يغرنكم طنطنة الرجل في صلواته انظروا إلى حاله عند درهمه وديناره، ومنها: أن يكون مؤديًا للأمانات متجنبا عن الغدر والخيانات؛ لأن الشهادة عند الشاهد أمانة فيستدل بأداء سائر الأمانات على أداء

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

هذه الأمانة على وجهها، ومنها: أن يكون صدوق اللسان قليل اللغو والهذيان حتى إذا اعتاد الكذب وتعود الهذي لا تقبل شهادته؛ لأنه لا يؤتمن من أن يكذب في الشهادة متى اعتاد الكذب في المقالة، فأما إذا كان يقع فيه أحيانا قبلت شهادته؛ لأنه لا يسلم أحد من الذنوب، ومنها: أن لا يكون معاقرا للنبيذ يعني مداوما له وهو أن لا يشرب مع الناس، وإن كان يشرب وحده في الستر لاستمراء الطعام لا تسقط عدالته؛ لأن بهذا لا يصير تاركًا للمروءة فلا يميل إلى الكذب بل يستنكف عنه مخافة ذهاب ماء وجهه وعدم الإصغاء إلى قوله، ومنها: أن لا يلعب بشيء من الملاهي وهذا ينظر إن كانت مستسيغة بين الناس كالمزامير والطنابير لم يجز شهادته، وإن لم تكن مستسيغة نحو الحداء وضرب القصب جازت شهادتهم إلا أن يتفاحش بأن يرقصون معه فيدخل في حد المعاصي والكبائر فحينئذ تسقط العدالة.

ومنها: أن لا يكون قاذفًا للمحصنات؛ لأن قاذف المحصنات ملعون بالنص فمن يكون ملعونًا في الدنيا والآخرة كيف يكون مقبول الشهادة والأمور التي تسقط بها العدالة كثيرة يطول تعدادها وإحصاؤها فلا بد من الفاصل بينها، واختلفوا فيه قيل: أن يكون مجتنبًا عن الكبائر كلها ومحترزًا عما لا يحل في الشريعة غالبًا حتى لو يحترز عما لا يحل في الشريعة غالبًا فليس بعدل، وقيل: إن كان عامة أفعاله موافقة للشريعة ويكون حافظًا للمروءة فهو عدل وإلا فلا، وأحسن ما قيل فيه: أن يكون مجتنبًا عن الكبائر كلها، ولا يكون مصرًّا على الصغائر ويكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه وأن يعتاد الصدق ويتجنب الكذب ديانة ومروءة، وسئل محمد عن العدل قال: الذي لا يظهر منه ريبة، وقال: ومن شرب النبيذ ولعب بالشطرنج وهو متأول على التدبير أقبل شهادته، ومن لم يؤد زكاة ماله ولم يحج إن كان صالحا تقبل شهادته؛ لأن الحج والزكاة ليس لهم وقت معين، وما كان له وقت مبيّن فأخره عن وقته أقبل شهادته.

(باب المسألة عن الشهود)

التزكية نوعان: تزكية السر، وتزكية العلانية.

أما تزكية السر: فينبغي للقاضي أن يختار للمسألة عن الشهود من هو أوثق الناس وأورعهم ديانة وأعظمهم وأكثرهم أمانة وأكثرهم خبرة وأعلمهم بالتمييز فطنة فنوليه المسألة؛ لأن القاضي مأمور بالفحص عن العدالة فيجب عليه المبالغة والاحتياط فيها ثم يكتب في رقعة أسماء الشّهود جملةً بأنسابهم وجيرانهم وقبائلهم ومحالّهم ومصلاهم حتى لا تتمكّن فيه [الشّبهة][1]؛ لأنه يتوهم أن يتفق في تلك المحلة رجلان على ذلك الاسم والنسبة وينفذ تلك الرقعة على يدي أمينه مختومة إلى ذلك المزكي ولا يطلع أحد على ما في يدي أمينه حتى لا يعلم فيخدع بالرشوة.

وذكر في (المنتقى) عن محمد: رجل شهد عند القاضي وهو على رأس خمسين فرسخًا من بلد القاضي فيبعث أمينا بجعل ليسأل المعدل عن الشاهدين والجعل على المدعي؛ لأن الأمين عامل له، ألا ترى أن الصحيفة التي يكتب فيها قصتها على المدعي ثم ينظر المزكي في ذلك ويتعرف أحوال الشهود ممن يعرف حالهم فيسأل عنهم أهل الثقة والأمانة من جيرانهم وأهل محلتهم، وإن لم يكن في جيرانهم من يصلح للمسألة عنهم من أهل الثقة يسأل عن أهل أسواقه لأنهم أعرف بحاله، فإذا قال المسؤول عنه هو عدل عندي جائز الشهادة كتب في آخر الرقعة بأنه عدل مرضي عندي جائز الشهادة، وإن كان بخلاف ذلك كتب إنه غير عدل ولا مرضي وردّ تلك الرقعة إلى القاضي في السر، والعدد في المزكي ورسول القاضي إلى المزكي والمترجم على الشهادة ليس بشرط عندهما ولكن الواحد يكفي والاثنان أحوط.

قال محمد: شرط حتى لا تثبت العدالة بقول الواحد ولا يجوز في تزكية السر في الزنا إلا أربعة.

وكذلك الجرح يثبت بقول الواحد عندهما خلافًا له.

لمحمد: أن في التزكية والتعديل معنى الشهادة؛ لأن الشهادة لا تصير حجة إلا بالعدالة فيشترط فيها العدد كما في الشهادة؛ لأن لزيادة العدد أثرًا في إفادة زيادة العلم فيشترط فيه العدد ليكون أبلغ وأكمل في إفادة العلم.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): التهمة.

لهما: أن هذا خبر وليس بشهادة؛ لأنه لا يوجب حقًّا على الغير فلا يشترط فيه العدد كخبر الواحد في باب الديانات والمعاملات؛ لأن خبر الواحد العدل يفيد العلم ظاهرًا، والعلم الظاهر يكفي لإثبات العدالة، ولهذا يجوز للقاضي أن يقضي إذا عرف عدالتهم وفي الشهادة إنما شرط العدد نصًّا لا قياسًا، فإذا أتاه كتاب التعديل واحتاط القاضي وأراد أن يسأل من غيره أيضًا يدفع إليه أسماء الشهود، ولا يعلمه أنه يسأل عن حاله من غيره؛ لأنه متى أعلمه بذلك ربما يعتمد على قول الأول، ولا يبالغ في التفحص عن ذلك، فإذا أتى الثاني بمثل ما جاء به الأول أنفذ ذلك.

وأما تزكية العلانية: قال محمد: ويسأل عن العلانية بعد التزكية في السر، وهو أن يحضر القاضي المزكي بعدما زكى الشهود في السر أن يزكيهم بين يدي القاضي ويشير إليهم فيقول هؤلاء عدول عندي إزالة للالتباس واحترازًا عن التبديل والتزوير. واليوم وقع الاكتفاء بتزكية السر لما في تزكية العلانية من بلاء وفتنة وتعزير وخدعة؛ لأنه ربما يكون الشاهد فاسقًا فلا يخبر من يعرف حاله للمزكي؛ لأنه فاسق في العلانية إما سترا عليه حتى لا يؤدي إلى الفضيحة أو اتقاء من شره؛ لأنه ربما يحمله ذلك على الضغينة والعداوة فيما بينهم.

وذكر الخصاف في أدب القاضي: إن العدد في تزكية العلانية شرط عند الكل؛ لأن هذه في معنى الشهادة فإنها تختص بمجلس القاضي، وتزكية السر ليست في معنى الشهادة، ولهذا لم يشترط أهلية الشهادة لتزكية السر ويشترط أهلية الشهادة لتزكية العلانية.

ولو قال المزكي: لا أعلم منه إلا خيرًا تقبل منه إذا كان عالمًا ولا يوقف في ذلك. قال محمد: غريب ترك بين أظهر قوم ستة أشهر فلم يروا فيه إلا خيرًا أجاز لهم أن يعدّلوه؛ لأن حال الرجل في الفسق والعدالة يتبين بمضي ستة أشهر ظاهرًا.

وقال أبو يوسف: أحرى إذا مكث سنة ولم يعرفوا منه إلا خيرًا أجاز لهم أن يعدلوه؛ لأن الوقوف على حال الإنسان إنما يكون بالتجربة والامتحان والمدة التي تصلح للتجربة والاختبار في السنة الكاملة، كما في العنين في الإصابة ويقول المزكي في الشاهد المجروح والله أعلم فلا يزيد على هذا؛ لأن في ذكر فسقه هتك

ستره عليه وقد أمرنا بالسترة على المسلم ولا يقول القاضي للمدعي: جرح شهودك ولكن يقول: زدني في شهودك، أو يقول: لم يحمد شهودك عندي؛ لأن هذا أقرب إلى الستر، ومتى عرف المزكي عدالته لا يمسك عن الإخبار بما فيه إذا كان القاضي عدلًا، فإن كان جائرًا أو جاهلًا فلا بأس بأن يمسك عنه؛ لأنه إذا عدله ربما يقضي بجور وجهل، وإن عرفه بفسق ومجانة إن عرف أنه لو لم يخبر القاضي بما فيه غيره أمسك عن هتك سره وإشاعته، وإن عرف أنه لو لم يخبر هو بعدل غيره فيقضي به القاضي، لا يسعه أن يمسك بل عليه أن يخبر القاضي بما فيه؛ لأنه ربما يؤدي إلى الخطأ وصيانة القاضي عن الخطأ واجب. رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدَّلا رجلًا عند رجل وسع للسامع أن يعدله إذا وقع في قلبه أن الأمر على ما قالا إذا لم يتقادم العهد، ولو ثبتت عدالة الشهود عند القاضي وقضى بشهادتهم ثم شهدوا عند القاضي في حادثة أخرى إن كان العهد قريبا لا يشتغل بتعديله، وإن كان بعيدًا يشتغل به؛ لأن الظاهر من حال الإنسان أنه لا يتغير في زمان قريب ويتغير في زمان بعيد، وفي الحد الفاصل بينهما قولان: أحدهما: أنه مقدر بستة أشهر. والثاني: إنه موكول إلى رأي القاضي، فإن رأى أن يحدد التعديل بفعل، وإن رأى أن يكتفي بالأول يعمل، قال إسماعيل ابن حماد: نافلة أبي حنيفة رحمهم الله أربعة شهود لا يسأل عن عدالتهم: شاهدا رد الطينة وشاهدا تعديل العلانية وشاهدا الغربة وشاهدا الأشخاص؛ لأن القاضي لو اشتغل بتعديل شهود الغربة أو الأشخاص لانقطع المسافر عن الرفقة ولتعرف الخصم فلا يفيد، وشاهدا رد الطينة أو الخاتم قدر في أدب القاضي في باب العدوى والأعداء.

وقال محمد بن سماعة: أنا أساله عن شاهدي رد الطينة والأشخاص؛ لأن فيهما إلزام على حق الغير وفيما فيه إلزام على الغير لا بد من العدالة وليس في تقديم الغريب وتزكية العلانية إلزام شيء على الغير.

(باب من يجوز تعديله ومن لا يجوز)

(النوادر): قال محمد: كم من رجل أقبل شهادته ولا أقبل تعديله؛ لأنه يحسن أن

يؤدي ما سمع ولا يحسن التعديل، ويقبل تعديل الوالد لولده والولد لوالده، وكل ذي رحم محرم لرحمه أراد به تعديل البشر؛ لأن تعديل البشر ليس بشهادة إنما هو إخبار وهؤلاء في الإخبار سواء بخلاف تعديل العلانية؛ لأنه من باب الشهادة ويقبل تعديل المرأة لزوجها وغيره إذا كانت امرأة برزة تخالط الناس وتعاملهم؛ لأن لها خبرة بأمورهم ومعرفة بأحوالهم فيفيد السؤال والتعديل من أمور الدين فيستوي فيه الأنثى والذكور كرواية الإخبار ورواة هلال رمضان خصوصًا في تعديل النسوان؛ لأن المرأة أعرف بالأحوال في بيوتهن، فإن كانت المرأة مخدرة غير برزة لا تكون لها خبرة فلا تعرف أحوال الناس إلا حال زوجها وولدها فلا يكون تعديلها معتبرًا فلا يفيد السؤال عنها، وتزكية السر تقبل من الأعمى والعبد والصبي والمحدود في القذف عندهما.

وعند محمد: لا تقبل بناء على أن هذا إخبار عندهما وخبر هؤلاء في أمور الدين مقبول ملحوظ، وعند محمد: شهادة هؤلاء غير مقبولة وتزكيته العلانية لا تقبل إلا ممن كان من أهل الشهادة لأنها شهادة، وإذا عدل المشهود عليه شهود المدعي إن قال صدقوا في شهادتهم أو قال هم عدول في شهادتهم يقضي عليه بالمال بإقراره لا بالشهادة؛ لأن ذلك إقرار منه بالمال؛ لأنه إنما يكون الصادق شاهدًا أو عدلًا فيما شهد به إذا كان الحق واجبًا عليه.

وإن قال: هم عدول ولم يزد عليه ذكر في الجامع الصغير أنه لا يصح هذا التعديل؛ لأن من زعم المدعي وشهوده أن المدعى عليه في الجحود ظالم كاذب وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح.

وقال في كتاب التزكية: ويجوز تعديل المشهود عليه إذا كان من أهله؛ لأن تعديل المشهود عليه بمنزلة تعديل المزكي بل أبلغ وأوثق وإقراره بكون الشاهد عدلا لا يكون إقرارا بوجوب الحق على نفسه لا محالة لجواز أن يكون عدلًا إلا أنه أوهم فأخطأ في شهادته، ألا ترى أنه لو شهد عليه واحدٌ، وقال المشهود عليه: هو عدل لا يجعل إقرارا منه؛ لأنه مع كونه عدلًا يتوهم منه النسيان والخطأ وهذا إذا جحد الخصم، فإن كان ساكتًا وهو من أهل التعديل صح منه التعديل قيل وهذه

الرواية فيما إذا سكت وتلك الرواية فيما إذا جحد توفيقًا بين الروايتين، وإذا عرف القاضي أحد الشاهدين بالعدالة ولا يعرف الآخر فزكى أحدهما الآخر قيل تقبل وقيل لا تقبل؛ لأنه متهم فيه، ويجوز تعديل شهود الفروع الأصول في ظاهر الرواية؛ لأن الفروع نائب في الأصل في نقل عبارته إلى مجلس القاضي، فإذا نقل انتهى حكم النيابة فصار هو بمنزلة الأجانب فيصح تعديله.

ورُوي عن محمد: أن تعديلهما للأصل لا يصح؛ لأنهما متهمان فيه ولو سألهما القاضي عن عدالة الأصل فقالا: نخبرك فالقاضي لا يقبل شهادتهما على شهادته، وإن قال الفرع للقاضي يسأل عن الأصل، فإن عدل لم يقبل ذلك في ظاهر الرواية.

ورُوي عن أبي يوسف القاضي يقبل شهادتهما ويسأل عن الأصل؛ لأن هذا ليس بجرح في شهادة الأصول؛ لأن هذا أمر محتمل يحتمل أنه جرح في شهادة الأصول ويحتمل أنه توقف في حالهم فلا يثبت الجرح بالشك.

ولو قالا: لا نعرفه أعدل أم لا؟ قيل كذلك الجواب؛ لأن هذا جرح في شهادة الأصول فصار كما لو حضر الأصول في شهادتهم مجروحة مقدوحة، ألا ترى أنهما لو قالا للقاضي: إنا نتهمه في الشهادة لم تقبل شهادتهما على شهادته فكذا هذا، وقيل يقبل القاضي شهادتهما ويسأل عن الأصل؛ لأن الأصل بقي مستورا وشهادة المستور مقبولة وشهود الكفار يعدلهم المسلمون، فإن لم يعرفهم المسلمون يسأل المسلمون عن عدول المشركين ثم يسأل أولئك عن الشهود؛ لأن التزكية أحد شطري ما تتوقف عليه الشهادة إذ بدونها لا تكون الشهادة حجة ولم يكن للكافر أهلية الحجة كالقضاء والإمارة.

(باب الطعن والجرح في الشهود)

(المبسوط): عدّله واحد وجرحه آخر أعاد المسألة عند محمد؛ لأن عنده العدالة والجرح لا يثبتان بقول الواحد فصار وجودهما وعدمهما بمنزلة وعندهما الجرح أولى؛ لأن التعديل والجرح يثبت بقول الواحد عندهما ويرجح الجرح على التعديل؛ لأن الجارح في الجرح اعتمد على الدليل وهو العيان والمشاهدة،

والمعدل في التعديل لم يعتمد على الدليل؛ لأن العدالة إنما تثبت بالإبراء الجائز عن ارتكاب محظور يدينه وذلك فيما لا يوقف عليه، وإنما اعتمد على الظاهر من حيث إن العدالة أصل في الإنسان فترجح خبر الجارح على خبر المعدل فصار كما لو عدله اثنان وجرحه اثنان، فإن عدله ثالث صار التعديل أولى؛ لأنه ثبت التعديل بل هو حجة كاملة في الشرع والجرح، فإن جرحه واحد وعدله اثنان فالجرح أولى؛ لأنه لا يثبت الترجيح بزيادة العدد على الاثنين، ألا ترى لو شهد اثنان بالعير لرجل وشهد عشرة بتلك العين لآخر يستويان فصار كأنه جرح اثنان وعدل اثنان.

وذكر الخصاف في أدب القاضي: أن الركوب في البحر إلى الهند يسبب الجرح؛ لأنه خاطر بدينه ونفسه وسكن دار الحرب وكثّر سوادهم وعددهم وشبّه بهم لينال بذلك مالًا ويرجع إلى أهله غنيًا، فإذا كان لا يبالي أن يخاطر بدينه ونفسه فلا يؤمن من أن يأخذ من عرض الدنيا ويشهد بالزور، وكذلك التجارة في قرى فارس فإنهم يطعمونهم الربا وهم يعلمون، ولا تقبل شهادة الأشراف من أهل العراق لأنهم قوم يتعصّبون، وإذا نابت أحدًا نائبة أتى سيد قومه فيشهد له سيد قومه ويشفع فلا يؤمن أن يشهد بالزور.

(فصل)

لو أقام المدعى عليه بينة على جرح الشهود، فإن كان جرحًا لا يدخل تحت الحكم كما لو قالوا: إنهم فسقة أو زنادقة واستأجر المدعي الشهود في هذه الشهادة، أو أقر الشهود أنهم شهدوا بباطل وزور، أو أقروا إنما يدعيه المدعي باطل لا تقبل بينته، وإن كان جرحًا يدخل في الحكم كما لو أقام البينة أنهم ربوا أو شربوا الخمر أو سرقوا أو أنهم عبيد أو محدودين في قذف أو أنهم شركاء في المشهود به أو أقر المدعي أن شهوده شهدوا بزور، أو أقر أنه استأجرهم على هذه الشهادة تقبل بينته.

وقال ابن أبي ليلى والشافعي: تقبل في الفصلين.

والصحيح قولنا؛ لأن البينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم؛ لأنها شرعت للإثبات، والجرح المجرد لا يدخل تحت الحكم؛ لأن الجرح والقدح حرام لما فيه

من إظهار الفاحشة وإشاعتها، وإشاعة الفاحشة حرام بالنص إلا أن يتضمن حقًا للشرع وهو إقامة الحد أو حقًّا للعباد وهو وجوب المال، فإن يضمن ذلك يصح وإلا فلا، فإن قال المدعى عليه: إني قد صالحت هؤلاء الشهود بكذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا على هذا المال، فإذا شهدوا فعليهم أن يردوا علي ما أخذوا وأقام على ذلك بينة قبلت وبطلت شهادتهم؛ لأنه ادعى حقًّا له فيصح، ولو قال: لم أسلم إليهم مال الصلح لم يقبل، ولو قال الخصم الشاهدان عبدان وقالا نحن حران وعرف القاضي حريتهما لا يلتفت إلى قول المشهود عليه؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر، فإن كان لا يعرفهما وكانا مجهولين لا تقبل شهادتهما حتى يأتيا بالبينة على الحرية؛ لأن الناس في الأصل أحرار إلا في أربعة مواضع أحدها هذا لقول عمر رضي الله عنه: الناس أحرار إلا في أربعة: في الشهادة، والحدود، والعقل، والقصاص، ولأن حرية مجهول النسب ثابتة باستصحاب الحال من حيث إن كلهم أولاد آدم وحواء وهما كآخرين؟ والثابت باستصحاب الحال يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق لما عرف، فإن أخبر واحد القاضي بحريتهما قبل شهادتهما؛ لأن الثابت بالظاهر يصلح حجة للدفع والاستحقاق جميعًا عند زفر والشافعي، فإذا اكتفى القاضي بالسؤال عن الشهود ولم يشتغل بتكليف المدعي بإقامة البينة على الحرية فقد أمضى حكمًا في موضع الاجتهاد فينفذ، والأحوط لا يقبل قولهما إلا ببينة، فإن أتيا بالبينة حكم بعتقهما ومضى ذلك على المولى؛ لأنه انتصب عنه خصم حاضر وهو المشهود عليه؛ لأن المشهود له ادعى حرية الشاهد على المشهود عليه، فإنه سبب لثبوت حقه على المشهود عليه، ومن ادعى حقًّا على الحاضر بسبب على غائب ينصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: ولو لم يعدل شهود المدعي يسأل المدعى عليه القاضي أن يقضي برد شهادتهم حتى لا يشهدوا عند قاض آخر، فإنه يقضي بذلك، ثم يسأل المدعى عليه القاضي أن يكتب برد شهادته إلى هذا القاضي، فإنه لا يجيبه إلى ذلك.

وقال محمد في الكيسانيات: إذا رد شهادة شاهد فقال المدعي: أنا آتي بعدلين يعدل شهودي في هذه المسألة لم يقبل ذلك والله أعلم.

كتاب الاستحلاف

يحتاج إلى معرفة: شرعية اليمين، وتفسيرها، وركنها، وشرطها، وحكمها[1].

أما شرعيتها: فإنها مشروعة في الدنيا والأموال والحقوق بالمال لقوله عليه السلام: "**لو تُرك الناس ودعواهم لادَّعى قوم دماء قوم وأموالهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر**"[2].

---

(١) انظر: رد المحتار على الدر المختار٤/٢٤، وكشاف القناع٣/٢٣٨ ط. الرياض، والمغني المطبوع مع الشرح الكبير٤/٢٦٩ ط. المنار.

(٢) أخرجه «البخاري» ٣/١٤٣ (٢٥١٤) قال: حدثنا خلاد بن يحيى، قال: حدثنا نافع بن عمر. وفي ٣/١٧٨ (٢٦٦٨) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا نافع بن عمر. وفي ٦/٣٥ (٤٥٥٢) قال: حدثنا نصر بن علي بن نصر، قال: حدثنا عبد الله بن داود، عن ابن جريج. و«مسلم» ٥/١٢٨ (٤٤٩٠) قال: حدثني أبو الطاهر، أحمد بن عمرو بن سرح، قال: أخبرنا ابن وهب، عن ابن جريج. وفي (٤٤٩١) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن بشر، عن نافع بن عمر. و«ابن ماجه» (٢٣٢١) قال: حدثنا حرملة بن يحيى المصري، قال: حدثنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرنا ابن جريج. و«أبو داود» (٣٦١٩) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، قال: حدثنا نافع بن عمر. و«الترمذي» (١٣٤٢) قال: حدثنا محمد بن سهل بن عسكر البغدادي، قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا نافع بن عمر الجمحي. و«النسائي» ٨/٢٤٨ قال: أخبرنا علي بن سعيد بن مسروق، قال: حدثنا يحيى بن أبي زائدة، عن نافع بن عمر. وفي «الكبرى» (٥٩٥١) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا ابن جريج. و«أبو يعلى» (٢٥٩٥) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن نافع بن عمر. و«ابن حبان» (٥٠٨٢) قال: أخبرنا محمد بن المنذر بن سعيد، قال: حدثنا يوسف بن سعيد، قال: حدثنا حجاج بن محمد، عن ابن جريج. وفي (٥٠٨٣) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثنا ابن وهب، أخبرني ابن جريج.

ثلاثتهم: (عبد الملك بن جريج، ونافع بن عمر، ومحمد بن سليم المكي) عن عبد الله بن أبي مليكة، فذكره.

ورُوي أن الحضرمي والكندي اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث درست **فقال عليه السلام للمدعي منهما: "ألك بينة؟ فقال: لا، فقال: لك يمينه"**. ولأن المنازعة والمشاجرة متى وقعت بين اثنين لا بد من فصلها وقطعها؛ لأنها متى امتدت أدت إلى الفساد [وقطع مادة الفساد وقلعها](١) واجب، والفصل إنما شرع بالبينة العادلة أو باليمين الرادعة وهو تفسير قوله تعالى: ﴿وَفَصْلَ ٱلْخِطَابِ ۝٢٠﴾ [ص: ٢٠] أي: البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

وأما تفسيرها: فاليمين عبارة عن القوة لما مر في كتاب الأيمان، ومعنى القوة هنا أن يتقوى الحالف في إنكاره بأن تندفع دعوى المدعي عنه للحال.

وأما ركنها: فذكر اسم الله تعالى مقرونًا بالخبر.

وأما شرطها: المنكر؛ لأن اليمين إنما يتوجه على المنكر بالنص؛ لأنها شرعت ليصل المدعي إلى حقه عند النكول؛ لأن فائدة الاستحلاف هو النكول لما تبين، ثم إذا توجهت اليمين على المنكر إن شاء حلف صادقًا، وإن شاء تورع عنه وفدى يمينه بالمال تحرزًا عن القيل والقال، فإن عمر رضي الله عنه افتدى عن اليمين وفدى سبعة آلاف درهم محترزا عن القيل والقال.

وأما حكمها: انقطاع الخصومة بينهما حتى لا يسمع دعوى المدعي بعد ذلك إذا لم يكن له بينة، ثم اليمين وضعت لإزالة التهمة عن نفسه لجواز أن يكون المدعي صادقًا فيلحق المدعى عليه التهمة عن دعواه، وإن كان كاذبًا في إنكاره يستعظم اليمين بالله تعالى فلا يقدم على حلفه فيقر بما عليه من الحق، وإن كان شاكًا مرتابًا فيما يدعي عليه يبتغي أن يرضي خصمه ولا يعجل بيمينه ويصالحه ولا يعانده، وإن كان أكثر رأيه إن دعواه حق لا يسعه أن يحلف، وإن كان أكبر رأيه أن دعواه باطلة يسعه أن يحلف؛ لأن أكبر الرأي حجة عند فقد الأدلة.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): وقطعها.

(باب كيفية الاستحلاف)

(المبسوط): ومن توجهت عليه اليمين فالقاضي يحلّفه بالله ولا يحلّفه بغير الله لقوله عليه السلام: **"لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت، فمن كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر"**(١).

وقوله عليه السلام: **"ملعون من حلف بالطلاق وحلّف به"**، ويحلفه بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية؛ لأن التغليظ في اليمين من حيث اللفظ أبلغ وأكمل في الزجر والردع عن اليمين الكاذبة؛ لأنه لا يجترئ ولا يتجاسر على الحلف كاذبًا حالة التغليظ وكان التغليظ من حيث اللفظ حسنًا، فإن اكتفى بالأول أجزأه.

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٨٠/٣ (٢٦٧٩) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا جويرية. وفي ٢٧/٨ (٦١٠٨) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا ليث. وفي ١٣٢/٨ (٦٦٤٦) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك. و«مسلم» ٨٠/٥ (٤٢٦٧) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث (ح) وحدثنا محمد بن رمح، واللفظ له، قال: أخبرنا الليث. وفي ٨١/٥ (٤٢٦٨) قال: وحدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي (ح) وحدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا يحيى، وهو القطان، عن عبيد الله (ح) وحدثني بشر بن هلال، قال: حدثنا عبد الوارث، قال: حدثنا أيوب (ح) وحدثنا أبو كريب، قال: حدثنا أبو أسامة، عن الوليد بن كثير (ح) وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، عن إسماعيل بن أمية (ح) وحدثنا ابن رافع، قال: حدثنا ابن أبي فديك، قال: أخبرنا الضحاك، وابن أبي ذئب. و«الترمذي» (١٥٣٤) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا عبدة، عن عبيد الله بن عمر. و«النسائي» في «الكبرى» (٧٦١٦) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. و«أبو يعلى» (٥٨٣٢) قال: حدثنا عبد الله، قال: حدثنا جويرية. و«ابن حبان» (٤٣٥٩) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٤٣٦٠) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس الأنصاري، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٤٣٦١) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر.

تسعتهم: (مالك بن أنس، وإسماعيل بن أمية، وعبيد الله بن عمر، وجويرية بن أسماء، وليث بن سعد، وأيوب السختياني، والوليد بن كثير، والضحاك بن عثمان، وابن أبي ذئب) عن نافع، فذكره.

وقال أبو حنيفة في (المجرد): إن لم يتهمه القاضي اقتصر القاضي على قوله: بالله الذي لا إله إلا هو، وإن اتهمه بغلطٍ في يمينه، وليس من شرطه استقبال القبلة ودخول المسجد، وعند الشافعي التغليظ من حيث المكان حسن.

والصحيح قولنا؛ لأن التغليظ من حيث المكان يحتاج إلى مدة طويلة.

ولو اشتغل القاضي به في كل حادثة تقع في حرج ومشقة ويؤدي إلى تعطيل حقوق الناس، ويحلف النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، واليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليهما السلام، ولا يحلف بالله مطلقًا؛ لأن النصراني يقول المسيح ابن الله واليهودي يقول عزير ابن الله تعالى، ولكنهم يقرون بأن الذي أنزل الإنجيل والتوراة هو الله تعالى، والمجوسي بالله الذي خلق النار على قول محمد؛ لأنه يعتقد تعظيم النار فيغلظ في يمينه بما يعتقد تعظيمه وهو النار كما في النصراني واليهودي وعندهما يحلفه بالله لا غير؛ لأن تغليظ اليمين بغير الله تعالى لا يجوز إلا أن في حق النصراني واليهودي ورد نص، وهو حديث ابن صوريا أن النبي صلى الله عليه وسلم حلفه بالله الذي أنزل التوراة على موسى. والنص الوارد في التغليظ بكتاب الله تعالى فله من الحرمة ما ليس للنار، فلا يكون واردًا في النار دلالة وغيرهم من أهل الشرك يحلف بالله لا غير، ولا يحلف بالله الذي خلق الوثن والصنم؛ لأن في تغليظ اليمين بالصنم تعظيم له من وجه وقد أمرنا بإهانته؛ لأن بعض الناس اتخذه إلهًا، ولم نؤمر بإهانة النار؛ لأنه لم يتخذها أحد إلها، ولهذا جوز محمد التغليظ بذكر النار ولم يجوّز بذكر الصنم واستحلاف الأخرس أن يقول القاضي: عليك عهد الله إن كان لهذا عليك هذا الحق ويشير الأخرس برأسه أي نعم، ولا يستحلف بالله ما لهذا عليك ألف فيشير الأخرس برأسه أي نعم؛ لأن الإشارة من الأخرس إذا كانت معروفة من النفي والإثبات بمنزلة العبارة من الناطق في سائر الأحكام فكذا في حق الحلف.

القاضي لو استحلف الناطق بالله ما لهذا عليك ألف درهم فقال: نعم لا يكون يمينا؛ لأنه يصير كأنه قال: احلف وذلك لا يكون حلفًا فكذلك الأخرس، ولو قال: عليك عهد الله فقال: نعم يكون يمينا؛ لأنه يصير كأنه قال: علي عهد الله إن كان لهذا

علي كذا. ثم الاستحلاف على قسمين: **أحدهما** على العقود والمعاملات الشرعية والآخر على الأفعال الحسية.

أما الأول: وهو أن القاضي يحلفه على الحاصل بالعقد بالله ما له قِبَلك ما ادعى من الحق، ولا يحلفه على السبب وهو البيع والإجارة والكفالة والحوالة.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه يحلفه على السبب بالله ما اشتريت ولا استأجرت ونحوه إلا أن يعرض للقاضي فيقول كم من مشتري أو مستأجر يفسخ العقد فيحلفه على الحاصل به. وجه ظاهر الرواية: أنه متى حلفه على العقد ربما يتضرر به بأن يفسخ العقد بينهما بالمفاسخة والمناقصة، أو يبرأ عن موجبه بالبراءة بالإيفاء والاستيفاء فلا يمكنه على العقد؛ لأنه يحنث في يمينه فيقضي عليه بالنكول، ولو برئ من موجبه فيتضرر به ومتى حلفه على الحاصل.

ولو حلفه القاضي يمكنه أن يحلف صادقًا فلا يتضرر به وكان النظر في تحليفه على الحاصل، ولو حلفه القاضي على الفعل والحاصل جميعًا احتياطا كان له ذلك بأن يقول بالله ما بعت منه هذه الدار التي ادعى بالثمن الذي سماه. ثم الاستحلاف على العقود الشرعية أنواع: منها: الاستحلاف على الدَّين فيحلفه بالله ما لهذا عليه من الدين والقرض قليل ولا كثير.

وروى حماد عن أبي حنيفة أنه لا يذكر القليل والكثير وهو قول ابن أبي ليلى؛ لأن اسم الدين والقرض يتناولان ما له عليه قليلًا أو كثيرًا فلا معنى لذكرهما.

وجه ظاهر الرواية: أن ذكر القليل والكثير أحوط؛ لأنه ربما يكون أدى بعض الدين أو أبرأه عن البعض، فمتى لم يذكر القليل والكثير لا يبالي من اليمين على جميع الدين؛ لأنه لا يحنث في يمينه، فإنه ليس عليه جميع الدين، ومنها: الاستحلاف على البيع يحلف البائع بالله ما هذه الدار للمدعي بهذا الشراء الذي ادّعاه وبالثمن الذي سماه فيحلفه على اليمين والثمن جميعًا لجواز أن يقر الجاحد بالبيع بعدما حلف، ويختلفان في الثمن فيجب التحالف فمتى حلفه على المبيع وحده يحتاج إلى تحليفه مرة أخرى، ومتى حلفه عليهما لا يحتاج إلى تحليفه مرة أخرى في التحالف فكان في الاستحلاف عليهما بقليل اليمين فكان هذا أولى، فإن ادعى

البائع البيع وأنكر المشتري إن ادعى أنه سلم المبيع ولم يقبض الثمن منه يحلف المشتري بالله ما قبلك هذه الدار ولا ثمنها، فإن ادعى أنه تسلم المبيع ولم يقبض الثمن يحلفه بالله ما هذه الدار لك ولا الثمن الذي سماه عليك لجواز أن يقر الجاحد بالشراء بعدما حلف، ثم يختلفان في المبيع فيقول اشتريت دارًا أخرى فيجب التحالف فكان في التحليف على المبيع والثمن بقليل اليمين، ومنها: الإجارة والمزارعة والمعاملة يحلفه بالله ما بينك وبينه إجارة في هذه الدار قائمة أو زراعة في هذه الأرض قائمة لازمة اليوم إلى الوقت الذي ادعاه بهذا الأجر الذي سماه، فإن ادعى عليه أجرة الدار وجحد يحلفه بالله ما له قِبَلَك هذا الأجر الذي سماه من إجارة هذه الدار لهذا الوقت الذي ادعى؛ لأنه متى حلفه على الأجرة لا غير ربما يتناول الحالف أنه لا أجرة عليه بسبب شيء آخر، أو بسبب وقت آخر كان الاحتياط والنظر في ذكر الدار والوقت جميعًا، ومنها: الشفعة لو اختلفا في الطلب يحلف الشفيع لقد طلبت شفعة هذه الدار حين علمت بالشراء أو شهدت على ذلك بحضرة الدار أو المشتري أو البائع.

ولو ادعى الشفعة بالجوار والمدعى عليه لا يرى الشفعة بالجوار ذكر الخصاف أن القاضي يحلفه على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار التي سماها بكذا؛ لأنه متى حلفه بالله ما له قبله شفعة وهو لا يرى الشفعة بالجوار يكون صادقًا في يمينه فيؤدي إلى إبطال حق المدعي فيحلفه على السبب نظرًا للمدعي. نظيره امرأة ادعت على زوجها أنه آلى منها ومضت مدة الإيلاء ووقعت الفرقة بيننا فطلبت من القاضي تحليفه وقالت للقاضي إنه ممن يرى أن المولي يوقف بعد الأربعة أشهر فيحلف أنها ليست ببائن منه ولا يحنث فيحلفه القاضي على السبب بالله ما قلت لها والله لا أقربك منذ كذا على ما ادعت، فإن نكل عن اليمين أبانها منه بتطليقة نظرًا لها، وكذلك لو ادعى على رجل أنه كسر إبريق فضة له أو صبَّ في طعامه ماء فأفسده فعندنا له الخيار إن شاء أمسكه ولا شيء له عليه، وإن شاء دفعه إلى الجاني ويرجع عليه بجميع قيمته أو بمثله إن كان مثليًا، وعند الشافعي لا يضمن إلا النقصان، فلو قال المدعي للقاضي: إن هذا ممن يرى ضمان النقصان، فإنه يحلفه على السبب بالله ما

فعلت كذا وكذا على ما ادعاه. وكذا امرأة ادعت على زوجها نفقة العدة فأنكر الزوج وهو شفعوي المذهب لا يرى النفقة للمبتوتة يحلفه بالله ما هي معتدَّتك، ولو ادعى شفعوي المذهب شفعة بالجوار على رجل هل يقضي له بالشفعة؟ قيل: لا وقيل يقضي له؛ لأنه لما طلب الشفعة فقد ركن إلى مذهبنا فتقبل دعواه، كأحد الزوجين من أهل الذمة إذا رفع إلى القاضي أن زوجته محرمة عليه فالقاضي يفرق بينهما عند أبي يوسف ومحمد؛ لأنه ركن إلى ديننا، وإن كان يعتقد خلاف ذلك، وقيل القاضي يسأله ويقول هل تعتقد وجود الشفعة بالجوار، فإن قال نعم يقضي له وإلا فلا. وهذا أحسن الأقاويل، ومنها: الوديعة والعارية ينظر: إن كانت قائمة في يد المدعى عليه يحلفه بالله ما هذا الثوب لهذا المدعي الذي يدعيه ولا يحلفه على العقد بالإجماع في الأمانة، وقيل: الأحوط أن يحلفه بالله ما هذا الثوب لهذا، ولا عليك تسليمه ولا تسليم شيء منه إلى المدعي من الوجه الذي يدعيه لاحتمال أنه أخذه من يد المدعي وهو ملك غيره، فمتى حلفه على الملك لا غير يحلف صادقًا فيجب تحليفه على الملك والتسليم حتى لا يتجاسر على الحلف، وإن كان معينا أو مستهلكا يحلفه بالله ما له قبلك هذا الثوب ولا قيمته لاحتمال أن يكون قائما فيجب عليه تسليم عينه ويحتمل أن يكون هالكًا فيجب تسليم قيمته فيجب تحليفه عليهما احتياطًا، ومنها: الطلاق والعتاق، فإنه يحلف الزوج ما هي طالق منك ثلاثًا في هذا النكاح، قال الحسن: يحلفه بالله ما هي بائن منك اليوم ثلاث تطليقات في هذا النكاح.

وكذلك العتق في الأمة يحلف بالله ما هي حرة الساعة لما ادعت من العتق؛ لأن الطلاق الثلاث إنما يوجب التفريق في هذا النكاح؛ لأن ثبوت الحل بعد التزويج بزوج آخر متوهم والعتق في الأمة كذلك؛ لأن حدوث الرق بالسبي بعد الارتداد متصور والعتق السابق لا يمنع التملك في الرق الحادث بخلاف العبد؛ لأنه إذا عتق لا يتصوره الرق من بعد؛ لأن الردة منه توجب العمل حتمًا.

قال أبو يوسف: كل حق يجب على غير المدعى عليه مثل قتل الخطأ يحلفه بالله ما قتلت فلانًا؛ لأن ذمته بريئة فارغة من الديّة؛ لأن الديّة تجب على العاقلة فيحلف على البراءة من السبب الموجب للدية وهو القتل.

وأما القسم الثاني: وهو الاستحلاف على الأفعال الحسية وهي نوعان: نوع يستحلف على الحاصل لا على السبب كالغصب والسرقة إن كان المغصوب والمسروق قائما يحلفه بالله ما هذا الثوب لهذا ولا عليك تسليمه ولا تسليم شيء منه إلى المدعي، وإن كان مستهلكًا قيل يستحلف على القيمة لا غير، وقيل يحلف على الثوب والقيمة جميعًا عند أبي حنيفة، وعندهما يحلف على القيمة بناء على أن عندهما الحق في القيمة لا في العين، وعنده الحق في العين لا في القيمة ما لم يقض القاضي بالقيمة أو يتراضيا عليها حتى لو اصطلحا على أكثر من قيمته جاز عنده خلافًا لهما.

ولو جاء الغاصب بثوب ركي وقال: هو الذي غصبته، وقال رب الثوب: لا بل غصبت ثوبا مرويا، فإنه يستحلف الغاصب بالله إن هذا ثوبه الذي غصبته إياه وما غصبت ثوبا مرويا وكان يجب أن يستحلف على ثوب مروي لا غير؛ لأن المدعى عليه يستحلف على ما يدعيه المدعي لا على ما أقر به إلا أنه جمع بينهما للتأكيد وإن لم يكن شرطًا في الاستحلاف.

ولو ادعى على رجل أنه خرق ثوبه أو أفسد مباعه أو هدم حائطه أو ذبح شاته أو فقأ عين عبده أو دابته أو جنى على شيء من ماله فنقصه، إن كان النقصان فاحشًا فصاحبه بالخيار، وإن كان يسيرًا وأراد المدعي استحلافه فيحلفه بالله ما لك عليه قيمة النقصان وهي كذا التي ادعى ولا شيء منها، وإن كان الثوب غائبًا فالقاضي يقول للمدعي: كم نقص هذا الخرق ثوبك منه حتى أحلفه عليه؛ لأن الدعوى لا تصح إلا بعد معرفة المدعى به ومعرفة الغائب ببيان القيمة والصفة.

وأما النوع الثاني: وهو إذا ادعى على رجل أنه وضع على حائطه خشبة أو بنى عليه بناء أو أجرى على سطحه أو في داره ميزابًا أو فتح في حقه بابا أو رمى في أرضه ميتة أو ترابا ونحو ذلك مما يجب على صاحبه نقله وأراد استحلافه على ذلك، فإنه يحلفه على السبب بالله ما فعلت هذا؛ لأنه ليس في التحليف على السبب هنا ضرر بالمدعى عليه؛ لأنه بعدما ثبت هذا الحق للمدعي وهو استحقاق رفع هذه الأشياء عن أرضه لا يتصور سقوطه بسبب من الأسباب، فإنه لو أذن له في الابتداء

أن يضع الخشبة على حائطه أو يلقي الميتة في أرضه كان ذلك إعادة منه، فمتى بدا له كان له أن يطالبه برفعه وإن باع منه ذلك لا يجوز؛ لأن هذا بيع الحق وبيع الحق لا يجوز، وكذلك إن ادعى على رجل أنه شق في أرضه نهرًا فساق الماء فيه إلى أرضه، وصحح دعواه ببيان حدود أرضه وببيان موضع النهر من هذه الأرض، وقدر طوله وعرضه ثم أراد استحلافه يستحلفه على السبب بالله ما أحدثت هذا في أرضه؛ لأنه ليس في تحليفه على السبب ضرر بالمدعى عليه، وإن ادعى صاحب الخشبة على صاحب الحائط أنه كان لي على هذا الحائط خشبة فوقع أو قلعته فصاحب الحائط يمنعه من وضع الخشبة عليه وصحح دعواه ببيان عدده وصفته وموضعه من الحائط، ثم أراد استحلافه على السبب بجواز أن يكون طرحه وقلعه بحق، فإن لم يكن له حق وضع الخشبة لكن يحلفه على الحاصل بالله ما لهذا في الحائط مواضع هذه الخشبة وهو كذا وكذا خشبة في موضع كذا من هذا الحائط حق واجب، وكذلك إن ادعى مسيل ماء أو طريقًا في دار رجل يحلفه على الحاصل بالله ما له هذا الحق الذي ادعاه في هذه الدار التي في يده، وكذلك إن ادعى على رجل أنه حفر في أرضه حفيرَة أضرّ ذلك بأرضه يحلفه على الحاصل بالله ما له هذا الذي ادعاه ولا يحلفه على السبب؛ لأن فيه ضررا بالمدعى عليه لجواز أنه أبرأه عن ذلك وأوفاه النقصان.

(باب من يتوجه عليه اليمين ومن لا يتوجه)

(المبسوط): قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يحلف المدعى عليه إلا بطلب المدعي تحليفه.

وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى: يحلفه بدون طلبه حتى لا يحلف الشفيع بالله لقد طلبت الشفعة حين علمت بالسر، أو لا يحلف المرأة إذا بلغت فاختارت الفرقة بالله لقد اخترت الفرقة حين بلغت، ولا يحلف المشتري في الرد بالعيب بالله إنك لم ترض بهذا العيب، وعرضت علي بيعه منذ رأيته إلا بطلب الخصم وعندهما يحلفه بدون طلب الخصم.

وإن كان المدعي غائبًا يحلف المدعى عليه بالإجماع بأن أخذ عبدًا آبقًا وحبسه ثم أقام رجل بينة أنه عبده لا يُقضى له ما لم يحلفه بالله ما بعته ولا وهبته ولا خرج عن ملكك بوجه ما.

وكذلك القاضي لا يفرض النفقة في مال زوجها الغائب ما لم يحلفها بالله ما أعطاك نفقة حين خرج.

لهما: أن القاضي نُصب ناظرًا للمسلمين، وتمام النظر أن يحلفه بدون طلب المدعي؛ لأنه ربما لا يعرف المدعي الرضاء بالأسباب إلا بالتصريح.

لنا: أن القاضي نصب لفصل الخصومة وإطفائها لا لتهييجها وإنشائها، وفي تحليف المدعى عليه بدون طلب المدعي إنشاء الخصومة وليس له ذلك، وجهل المدعي بوجوه الرضاء لا يعتبر رضاء؛ لأنه جهل في دار الإسلام بخلاف ما لو كان المدعي غائبا؛ لأنه عاجز عن طلب اليمين بنفسه فكان لِلقاضي أن يطلب ذلك نظر للغائب؛ لأنه نصب ناظرًا لمن عجز عن النظر لنفسه.

ولو استمهل المدعى عليه في اليمين فالواجب أن يمهله برضاء المدعي؛ لأن اليمين حقه فلا يملك القاضي تأجيل حقه إلا برضاه، ولا يُحَلَّف الأب على تزويجه ابنته الصغيرة متى أنكر عند أبي حنيفة خلافًا لهما، وإن كانت البنت كبيرة لا يستحلف بالإجماع، ولا يمين على الأب فيما يدعي على ابنه الصغير، وكذلك لا يمين على الوصي فيما يدعي على ميت مالًا أو حقا؛ لأن اليمين إنما كان لرجاء النكول الذي هو بدل أو إقرار، والأب والوصي لا يملكان البدل والإقرار فلا يفيد الاستحلاف.

وكذلك لو ادعى أن فلانًا مات وأوصى إلى هذا الرجل وأنكره الرجل، أو ادعى المضارب على رجل أنه استبضع منه في كذا، فإنه لا يستحلف المدعى عليه؛ لأن المدعى به لم يكن حقًّا لازمًا؛ لأنه لو أقر به لم يجبر على القبول ولا يصير وصيًّا ووكيلًا، وشرط صحة الدعوى أن يكون حقًّا لازمًا، فإذا لم يكن لازمًا لم يصح.

وكذلك لو ادعى أن فلانًا الميت أوصى إلي وإلى هذا الرجل أو ادعى أن فلانًا الغائب وكلني وهذا الأجر بقبض الدين وأنكر الآخر الوكالة والوصاية لا يستحلف

على ذلك ولا يمين على الوكيل؛ لأنه نائب والنيابة لا تجري في الاستحلاف، ويستحلف العبد المأذون والمحجور والمكاتب؛ لأن فائدة الاستحلاف النكول ونكول هؤلاء صحيح.

وقال بعض العلماء: بأن للمولى أن يمنع المدعي من إشخاص العبد المحجور لما فيه إبطال حقه في الاستخدام كما أن للمولى أن يمنع الأمة المزوجة من الزوج لكي لا يفوت حقه في الاستخدام فكذا هذا، فإن كان صبيا محجورا ولم يكن للمدعي بينة لا يكون له إحضاره إلى باب القاضي؛ لأنه لا يتوجه عليه اليمين؛ لأنه لو نكل لا يقضي عليه بنكوله.

وإن كان له بينة وهو يدعي عليه الاستهلاك كان له حق إحضاره؛ لأن الصبي يؤاخذ بضمان أفعاله، والشهود يحتاجون إلى الإشارة إليه لكن يحضر معه أبوه؛ لأن الصبي لا يلي بنفسه شيئًا فيحضر الأب حتى إذا لزم شيء يؤمر الأب بالأداء عنه من ماله، والصبي المأذون هل يستحلف؟ عن محمد فيه روايتان، في رواية هذا الكتاب أنه يستحلف؛ لأن فائدة الاستحلاف النكول والنكول بدل أو إقرار وكلاهما منه صحيح إذا كان من صنيع التجار، وفي رواية لا يستحلف؛ لأنه لا يتعلق بيمينه مأثم ولا مغرم وهو الكفارة ولا يبالي أن يحلف كاذبًا فلا يقبل تحليفه، والكافر يستحلف؛ لأنه يتعلق بيمينه بإثم؛ لأن الكذب محظور في الأديان كلها.

واختلفوا في الدين المؤجل هل يتوجه اليمين على المدعى عليه:

قيل: يتوجه، واستدلوا بالعبد المحجور.

وقيل: لا يتوجه، وهو الأظهر.

وفرقوا بينهما، والفرق وهو أن التأخير والتأجيل في الدين المؤجل يثبت بدليل موجب للتأخير وهو التأجيل من صاحب الدين فتأخرت المطالبة فلم يبق الأداء واجبا وفي العبد المحجور لم يتأخر المطالبة بدليل موجب للتأخير، ألا ترى أنه لو كفل به إنسان صح، ويطالب به في الحال لكن تأخرت المطالبة ضرورة العسرة فلا يظهر التأخر في حق بوجه اليمين كما لو ادعى دينًا على معسر حر وجحده، فإنه يتوجه اليمين عليه فكذا هذا.

رجل حلف بعتق عبده أن لا يزني أبدًا، فادعى العبد عند القاضي أنه قد زنى بعد يمينه وعتقت، أو ادعى القاذف على المقذوف أنه صدقه أنه قد زنى لا يستحلف المدعى عليه في رواية الحدود؛ لأن المعتبر الحكم المتعلق بالزنا لا مقصود المدعي والحكم المتعلق بالزنا الحد، والاستحلاف لا يجري فيه.

وفي رواية الخصاف يستحلف؛ لأن مقصود القاذف إسقاط الحد عن نفسه ومقصود العبد إثبات الحرية، وكلاهما يثبت مع الشبهات بدليل أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين فيجري فيه الاستحلاف.

ولو أراد المدعي استحلاف المدعى عليه فقال المدعى عليه: قد حلفتني على هذه الدعوى عند قاضي كذا، وأنكر المدعي ذلك وطلب المدعى عليه يمينه فالقاضي يحلفه؛ لأن ادعى عليه شيئًا لو أقر به لزمه، فإذا أنكر؛ لأن المستحق عليه يمين واحدة، ولهذا جراء الرسم أن المدعى عليه إذا حلف، فإن القاضي يبدل له الحط حتى لا يحلف مرة أخرى، فإذا أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف، فإن حلف له أن يحلف المدعى عليه على المال، فإن نكل على اليمين لم يحلف المدعى عليه؛ لأنه أقر أنه لا حق له قبله.

ولو قال المدعى عليه: إن المدعي أبرأني من هذه الدعوى فحلفه أنه ما أبرأني منها، فإنه يحلفه؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يحلف عليه. رجل مات وترك ثلاثًا وأخًا ومالًا فقالت البنت: المال كله لي اشتراه لي بمالي وكان وكيلي، والأخ يدعي أن المال كله للأب، فاليمين على الأخ لا على البنت؛ لأنها أقرت بأن الأب هو الذي اشتراه فيكون القول قول الأخ؛ أن المال كله للميت مع يمينه. رجل أودع عند رجل دراهم في كيس أو متاعا في صندوق ولم يوزن ولم يعده على المودع، ثم ادعى أنه أكثر من ذلك فلا ضمان ولا يمين عليه؛ لأنه لا يدعي عليه تضييعًا حتى لو ادعى التضييع أو الخيانة فعليه اليمين.

(فصل)

وإذا توجهت اليمين على الورثة يستحلف الكل ويمين الواحد لا تنوب عن

الباقين، وإذا توجهت اليمين لهم على غيرهم فاستحلاف أحدهم كاستحلاف الباقين والفرق أن كل واحد منهم لا ينتصب خصمًا عن نفسه وعن الباقين في الحلف؛ لأن النيابة لا تجري في الحلف وأحدهم ينتصب خصمًا عن نفسه وعن الباقين فيما يدعي على الميت؛ لأن النيابة تجري في الاستحلاف فيصير استحلاف أحدهم كاستحلاف الكل، وكذلك لو ادعى رجل على أحد الشريكين حقًّا من شركتهما فله أن يحلفهما.

ولو ادعى أحد شريكي المفاوضة أو العيان حقًّا على رجل للشركة فاستحلفه أحدهما لم يكن للآخر أن يستحلفه، وكذلك لو ادعى عشرة نفر على رجل حقًّا بسبب الشراء فلكل واحد أن يستحلفه؛ لأن أحد المشترين لا ينتصب خصمًا عن الباقين، فإن كان في الورثة صغير أو غائب وقد ادُّعي على الميت حقٌّ يحلف البالغين الحضور ويؤخر بالصغير حتى يدرك والغائب حتى يقدم ثم يحلفان؛ لأنه يعذر تحليف الصغير والغائب فيؤخران إلى أن يمكنهما التحليف. رجل اشترى غلامًا فادعى إنسان أن الغلام كان له وأنه أعتقه منذ سنة يسأل المدعي البينة على ما يدعي من الملك دون العتق؛ لأنه إذا أقام البينة على الملك ثبت الملك بإقراره، وإن لم يكن له بينة فله أن يستحلف المشتري على دعوى الملك؛ لأن الدعوى قد صحت فيتوجه اليمين.

وروى ابن سماعة عن محمد في رجل تزوج امرأة وابنتها في عقدين ثم قال لا أدري أيتهما الأولى، فإنه يحلف لكل واحدة منهما بالله ما تزوجها قبل صاحبتها والقاضي ابتدأ بأيتهما شاء، وإن شاء أقرع بينهما.

وإن حلف لإحديهما ثبت نكاح الأخرى، وإن نكل للأولى لزمه وبطل نكاح الأخرى يعني إذا ادعت كل واحدة منهما أن نكاحها أولًا. رجل في يده عبد أو عرض ادعى رجلان كل واحد منهما أنه غصبه منه أو البيع أو الهبة منه فأقر به لأحدهما ودفع العين إلى المقر له أو نكل عن اليمين فللآخر أن يستحلفه؛ لأنه ادعى عليه شيئًا لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف عليه.

وإن ادعى كل واحد منهما الوديعة أو العارية في هذه العين فأقر به لأحدهما

ودفعها إليه عند أبي يوسف ليس للآخر أن يستحلفه؛ لأنه لو أقر به لا يلزمه الضمان؛ لأن الإتلاف على الآخر إنما حصل بدفع العبد إلى المقر له والدفع حصل بقضاء القاضي جبرًا فلا يوجب الضمان عليه، وعند محمد يستحلفه؛ لأنه لو أقر به يلزمه الضمان؛ لأنه بعقد الوديعة التزم الحفظ فالتزم الضمان بترك الحفظ، فمتى أقر به لإنسان فقد سلطه على الأخذ فصار تاركًا للحفظ الواجب عليه ومضيعًا لها فيضمن كما لو دل سارقًا على الوديعة، فإذا أنكر يستحلف عليه.

وإن ادعى كل واحد منهما ملكًا مطلقًا قبله فأقر به لأحدهما ودفع إليه ليس للآخر أن يستحلفه؛ لأنه لو أقر به لا يضمن للآخر؛ لأن عند محمد لا يدعى عليه ضمانًا بترك حفظ واجب عليه بالعقد فلا يضمن للذي جحده إذا دفع العين إلى المقر له، ألا ترى أن من ادعى عبدًا في يد إنسان فأقر به لابنه الصغير أو قال أنا مودع فيه من جهة فلان وأقام البينة تندفع عنه الخصومة واليمين، وإذا لم يضمن لا يستحلف، فإن جحد لهما جميعًا فطلب كل واحد منهما يمينه، فالقاضي يحلفه لكل واحد منهما على دعواه ويبدأ بأيهما شاء، وإن تشاحا في ذلك أقرع تطييبًا لقلبهما ونفيًا لتهمة الميل عن نفسه لا أن يكون ذلك واجبا عليه، كما لو اجتمع الخصوم عند القاضي كان له أن يبدأ بفصل خصومه أيهم شاء، وإن شاء أقرع فكذا هذا، فإن حلفه لأحدهما فنكل عن اليمين فالقاضي يحلفه للآخر ولا يقضي بالنكول للأول، ولو أقر به لأحدهما قضى به للأول، والفرق بين النكول والإقرار، أن الإقرار موجَب الحق بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي فحين أقر به للأول يثبت الحق له فيؤمر بالتسليم إليه.

وأما النكول ليس بإقرار صريحًا ولا دلالة لكن يصير إقرارًا حكمًا بقضاء القاضي بإنزاله مقرًا فحين نكل للأول لم يثبت الإقرار فلا يثبت الحق فلا يقضي.

ولو قضى بنكوله للأول ينفذ قضاؤه؛ لأن القضاء وقع في محل الاجتهاد، فإن من العلماء من قال بأن المدعى عليه متى نكل لأحدهما فالقاضي يقضي له؛ لأن النكول إقرار دلالة فينفذ قضاؤه ودفع إلى الأول، فإن قال الآخر استحلفه لي، فإنه إنما احتال بهذا ليدفع اليمين عن نفسه فالقاضي يستحلفه له بالله ما لهذا عليك هذا

العبد ولا قيمته وهو كذا ولا أقل منها، فإن حلف فلا شيء عليه، فإن نكل ألزمه القاضي القيمة له، وإن قال الآخر: حلفه لي بالله ما هذا العبد لي فالقاضي لا يستحلفه على ذلك؛ لأنه لو أقر به بعدما صار العبد للأول لا يقبل قوله فلا يفيد استحلافه، ولو ادعى أحدهما أنه اشتراه منه وادعى الآخر أنه ارتهنه أو استأجره منه بألف درهم فأقر به للمرتهن أو للمستأجر أولًا فقال صاحب الشراء: حلفه لي بالله ما باعه منه، فإنه يحلفه له؛ لأن بيع المرهون والمستأجر بعقد صحيح لازم في حق البائع؛ لأنه ملكه، وليس للمستأجر والمرتهن أيضًا حق الفسخ فيملك البائع الإقرار به فيفيد الاستحلاف، فإن حلف انتهى الكلام، فإن نكل ثبت البيع وثبت الخيار للمشتري إن شاء صبر إلى أن ينفك الرهن وتمضي المدة في الإجارة، وإن شاء فسخ؛ لأنه لم يرض بتأخير حقه، فإن أقر لصاحب الشراء أولًا فقال المرتهن أو المستأجر حلفه لي بالله ما رهنه أو آجره منه لم يكن عليه في ذلك يمين؛ لأن بعد البيع لا يملك الرهن والإجارة فلا يملك الإقرار به فلا يفيد الاستحلاف، وكذلك لو كانا مدعيين الإجارة فأقر بها لأحدهما لم يحلف الآخر؛ لأن إجارة المستأجر لا تصح على الآخر.

(باب الوكيل أو الوارث أو الوصي إذا أراد استحلاف الغريم أو المودع وإقامة البينة عليهما)

(المبسوط): ادعى رجل على رجل أنه وكله فلان الغائب بقبض دينه أو وديعته عنده منه وبالخصومة فيه فهو على أربعة أوجه: إما أن أقر المديون بالوكالة والدين جميعًا، أو جحدهما، أو أقر بالوكالة وجحد المال، أو أقر بالمال وجحد الوكالة، فإن أقر بهما أمر بدفع المال إليه ولم يكن هذا قضاء على الغائب حتى إذا حضر الغائب وأنكر الوكالة كان له أن يأخذ ماله من المدعى عليه؛ لأن إقراره ينفذ عليه دون غيره.

وإن جحد كلاهما ذكر الخصاف أن القاضي يكلف المدعي بإقامة البينة على

إقرار الرجل بالمال وبالوكالة له بقبض المال، والصحيح أنه يكلف بإقامة البينة على الوكالة فيثبت كونه خصمًا ولا حاجة إلى إقامة البينة على إقرار الرجل بالمال ليثبت كونه خصمًا له، فمتى ثبت كونه خصمًا بإقامة البينة على الوكالة فيعد ذلك بأن أقام البينة على المال يقبل ويكون هذا قضاء على الغائب حتى لو حضر وأنكر ذلك لا شيء له؛ لأن المدعى عليه انتصب خصمًا عنه في إثبات الوكالة عليه؛ لأن ما يدعي على الغائب سبب لما يدعيه على الحاضر فينتصب هو خصمًا عن الغائب.

وإن لم يكن له بينة على المال وأراد استحلافه فالقاضي يحلفه بالله ما لفلان بن فلان الفلاني ولا باسمه عليك هذا المال ولا شيء منه؛ لأنه لما أثبت الوكالة بالبينة صار خصمًا مطلقًا.

وإن لم يكن للمدعي بينة على الوكالة وأراد استحلافه فالقاضي يحلفه بالله ما يعلم أن فلانًا الذي باسمه المال وكله بقبضه؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف عليه، وإن أقر المدعى عليه بالوكالة وأنكر المال صار المدعي خصمًا في حق استحلافه على المال وأخذ المال منه متى نكل أو أقر به ولم يصر خصمًا في حق الخصومة حتى لو أقام البينة على المدعى عليه لا يسمع؛ لأن المدعي إنما يصير خصمًا بالوكالة، والوكالة تثبت بإقرار المدعى عليه وإقراره حجة على نفسه غير حجة على الغائب فلا تثبت الوكالة في حق الغائب. نظيره رجل ادعى أن فلانًا وكله بطلب كل حق هو له على هذا الرجل وأن له عليه ألف درهم فأقر المدعى عليه بالوكالة وأنكر المال له أن يحلفه ولم يكن خصمًا في إقامة البينة أن هذا المال عليه.

ولو حلفه وجاء الغائب وأنكر الوكالة فالقول قوله فكذا هذا بخلاف الوكالة الثابتة بالبينة؛ لأن البينة مطلقة فالقضاء بها يتعدى إلى الكافة، والإقرار حجة قاصرة فالقضاء به يقتصر على المقضي عليه.

وأما إذا أقر بالمال وجحد الوكالة فإن أقام البينة على الوكالة صار خصمًا مطلقًا فيؤمر بتسليم المال إليه، وإن لم يكن له بينة وأراد استحلافه يحلفه على ما قلنا، فإن حلف انتهى.

وإن نكل تثبت الوكالة في حق آخذ المال لا في حق الخصومة. رجل عليه دين أو وديعة عنده لميت أو لغائب فلا يخلو، إما أن حضر الوارث أو الوصي أو الوكيل أو المشتري، فإن حضر الوارث وادعى أن أباه توفي ولم يترك وارثًا غيره وأنكر المدعى عليه ذلك وأراد الوارث استحلافه قيل لا يستحلف عند أبي حنيفة وعندهما يستحلف والصحيح أنه يستحلف بالله ما يعلم أن فلانًا مات وأنه ابنه كما في الوكالة لما تبين.

وإن حلف كلف الابن إقامة البينة على وفاة أبيه وأنه وارثه وإن نكل صار مقرًّا بالنسب والموت كما لو أقر بذلك صريحًا فالقاضي يجعل الابن خصمًا في حق التحليف على المال وأخذه منه لا في حق إقامة البينة على إثبات المال.

وأما الوصي إذا حضر وادعى أن فلانًا ابن فلان توفي وأوصى إلي بقبض دينه الذي عليه ووديعته عنده وصدقه صاحب اليد، فإنه يؤمر بتسليمه إليه كما في الوارث، وإن حضر الوكيل وادعى أنه وكيل فلان الغائب وكله بقبض دينه ووديعته، فإن صدقه المدعى عليه في ذلك يؤمر بدفع الدين إليه ولا يؤمر بدفع الوديعة إليه، وفي الوارث والوصي يؤمر بدفع الدين والعين إليه. والفرق أن الوديعة عين مال مملوك للمودع فما دام المودع حيًا كان ملكه وكان إقرار المودع بثبوت حق القبض للوكيل إقرارا منه في ملك الغير ولا يقبل، وإذا مات المودع صار الملك للوارث فلم يكن هذا إقرار بثبوت حق القبض للوارث في ملك الغير، وللقاضي ولاية نصب الوصي في تركة الميت وولاية أمر المودع بدفع الوديعة إليه، فإذا أقر أنه وصيه أمضاه وأمره بدفع الوديعة إليه.

وأما المشتري إذا حضر وادعى عينًا في يدي رجل أنه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه صاحب اليد لا يأمره القاضي بالتسليم إليه؛ لأن المشترى سبب متجدد يحدث لملك المال وكان المشتري مدعيًا الملك بسبب جديد فلا بد للقاضي أن يقضي بالملك والسبب، ومتى قضى بالملك والسبب كان هذا قضاء على الغائب بإقرار ذي اليد وهذا لا يجوز بخلاف الإرث؛ لأنه ليس بسبب متجدد لملك المال بل هو بقاء على ملك الوارث بخلاف الاستحلاف فلا يكون هذا قضاء

على الغائب. رجل أقر أن المال الذي هو مكتوب في هذا الصك باسمه لفلان بن فلان وأن اسمه عارية في ذلك وأنه قد وكله بقبضه وبالخصومة فيه صح، وقد شرط دعوى الوكالة بقبضه لصحة دعوى المال في ظاهر الرواية؛ لأن أصل الدين قد يكون مملوكًا لإنسان ولا يكون لحق القبض كالثمن في بيع الوكيل مملوك للموكل، ولا يكون له حق القبض فكذا هذا، وإن ثبت كون الدين مملوكًا لكن هذا لا يثبت له حق القبض لا محالة لجواز أن المقر وكيلًا عنه يكون في المداينة والمعاينة.

(باب ما لا يستحلف فيه)

(**المبسوط**): ولا يستحلف في الحدود إلا في السرقة؛ لأن المقصود من اليمين النكول، فالنكول بدل إقرار فيه شبهة، والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة؛ لأنه يحتال لدرئها، ألا ترى أنه لا يقام بكتاب القاضي إلى القاضي وبالشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين فكذا لا يقوم بالنكول، ويستحلف في السرقة إذا طلب المدعي الضمان يحلفه بالله ما له عليك هذا المال ولا شيء منه إن نكل لضمنه المال ولا يقطع؛ لأن المال يثبت بالشبهات فجاز أن يثبت بالنكول، ولا يستحلف في أشياء أربعة عند أبي حنيفة وهي: النكاح والرجعة والإيلاء والنسب والرق والولاء والاستيلاء وعندهما يستحلف.

لهما: أن النكول في باب المال إنما صار حجة لكونه إقرارا؛ لأن الناكل ممتنع عن اليمين الكاذبة عادة فيصير معترفا بالحق دلالة؛ لأن الكاذب في الإنكار من ضرورة والإقرار يصح في هذه الأشياء المخصوصة. له: أنا توافقنا على شرع الاستحلاف لفائدة القضاء بالنكول والقضاء بالنكول هنا متعذر؛ لأنه لا يجوز أن نجعل النكول بدلًا لأن البدل والإباحة لا تجري في هذه الأشياء؛ لأن الأبضاع والنفوس متحرِّمة بعينها حقًّا لله تعالى وللعبد فلا تباح بإباحة العبد، فأما المال معصوم محترم حقًّا للعبد على الخلوص فيباح بإباحته، ثم عندهما كل كسب لو أقر به المدعى عليه ثبت من غير دعوى المال كالبنوة والأبوة والزوجية والولاء يستحلف عليه، وكل كسب لو أقر به لا يثبت إلا بدعوى المال كالأخوة والعمومة ونحو ذلك لا يستحلف؛ لأن الاستحلاف لرجاء النكول الذي هو اعتراف شرعًا.

ولو أقر أنه أخوه أو عمه لا يثبت؛ لأنه تحميل السبب على الغير فكان هذا إقرار على الغير فلا يصح إلا إذا ادعى بسببه مالًا أو حقًّا بأن ادعى أنه أخو المدعى عليه لأبيه، وأن أباهما مات وترك مالًا في يده أو كان زمنًا معسرًا وادعى النفقة عليه أو ادعى حقًّا وقال: فإن هذا الصغير الذي التقطه أخي، وأنكر ذو اليد أو ادعى بطلان حق الرجوع بأن وهب لإنسان هبة فأراد الواهب الرجوع فيها فقال الموهوب له: أنا أخوك فيستحلفه بالإجماع؛ لأن المقصود هنا إثبات المال والحق لا النسب والاستحلاف يجري في المال والحقوق إن كان لا يجري في النسب.

(باب اليمين على العلم والبتات)

(المبسوط): أصله: أن الاستحلاف على فعل نفسه يكون على الثبات وعلى فعل غيره يكون على العلم أصله: حديث القسامة، فإن النبي صلى الله عليه وسلم استحلف اليهود على فعلهم بالله على البتات ما قلتم واستحلفهم على فعل غيرهم على العلم بالله ما علمهم قاتلهم وعلى فعله وفعل غيره، كما في دعوى الشراء والإجارة والهبة ونحوها فاليمين على البتات خلافًا لابن أبي ليلى، فإن اعتبار فعله يوجب اليمين على البتات واعتبار فعل غيره يوجب اليمين على العلم إلا أن إيجاب اليمين على البتات أولى لما فيها زيادة زجر ورادع عن اليمين الفاجرة؛ لأنه ربما اشتراه وهو لا يعلم بالشراء فلا يجب في اليمين على العلم. رجل قدم رجلًا إلى القاضي فادعى أن له على أبيه دين ومات أبوه وترك ميراثًا في يده، فإن أنكر الموت فالقاضي يحلفه على العلم بالله ما تعلم أن أباك مات؟ لأنه على فعل غيره، وإن أقر بالموت وأنكر الدين حلفه بالله ما تعلم أن لهذا على أبيك هذا المال ولا شيء منه، فإن حلف انتهى، وإن نكل استوفى الدين من نصيبه؛ لأن النكول بدل أو إقرار وكلاهما يصحان في حق نفسه دون غيره بخلاف ما لو أقام المدعي البينة على الدين يستوفى من جميع التركة؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا فيما يدعي على الميت فصارت البينة القائمة على الواحد كالقائمة على جميع الورثة فثبت الدين في جميع التركة.

ولو أنكر الموت والدين وأنكر وصول التركة إليه حلفه على البتات بالله ما وصل إليك من ميراث أبيك المال الذي تدعي ولا شيء منه؛ لأنه يحلفه على فعل نفسه فتكون على البتات.

وإن أنكر الدين ووصول التركة إليه حلفه بالله ما وصل إليك هذا المال ولا شيء منه، فإذا حلفوا وأراد الطالب أن يحلفه على الدين فقال الابن: كيف تحلفني وليس في يدي شيء من التركة؟ قال الخصاف: لا يقبل قوله ويحلفه على الدين على علمه؛ لأن الحاجة إلى إثبات الدين في إثبات الدين لا تقع الحاجة إلى وصول شيء من التركة إلى يده وفي إثبات الدين فائدة، فإنه متى استحلف فأقر أو نكل ثبت الدين فيعد ذلك إذا ظهر للأب وديعة أو بضاعة عند إنسان لا تقع الحاجة إلى الإثبات وكان فيه فائدة منتظرة مترقّبة.

وقال بعض مشايخنا: ليس له أن يحلفه ولو أقام البينة قبلت بينته؛ لأن اليمين على طرف لسانه فمتى ظهر المال أمكنه أن يحلفه، فأما البينة ربما لا يمكنه إقامتها في كل وقت لغيبة الشهود ويجوز ذلك فسمعت منه البينة قبل ظهور المال ولا يحلف قبل ظهور المال هذا إذا حلفه على الوصول أولًا ثم على الدين، فأما إذا أراد استحلافه على الدين والوصول جميعًا قيل يستحلف يمينًا واحدًا بالله ما وصل إليه هذا المال ولا شيء منه من تركة أبيه ولا تعلم أن لهذا الرجل على أبيك دينًا من الوجه الذي يدعي.

وقال عامة مشايخنا: يحلف مرتين؛ لأنه إنما يجمع بين اليمينين إذا كانا من جنس واحد وسببها متحد وهنا اختلف الجنس، فإن اليمين على البيان لا تجانس التمييز على العلم وسببها مختلف ولا تجمع بينهما بخلاف القسامة؛ لأن سببها متحد وهو القتل لكن يحلف مرة على الوصول على البتات ويحلف مرة على الدين.

وكذلك إذا أنكر الموت والوصول فعند عامة مشايخنا يحلف مرتين على الموت على العلم مرة ومرة على الوصول على البتات. رجل ادعى دارًا في يد رجل فأراد أن يستحلفه فقال المدعى عليه: هذه الدار ورثتها عن أبي فعلي اليمين على العلم.

وقال المدعي: وصلت إليك من غير ميراث فعليك اليمين على البتات فقد تقرر وهو ظهور الدار في يده فيكون خصمًا لهذا المدعي فبقوله وصلت إلي من جهة الميراث يريد إسقاط يمين البتات عن نفسه فلا يقبل ذلك منه إلا بحجة فإن قال المدعى عليه للقاضي أحلف هذا المدعي أنها لم تصل إلي بميراث حلفه القاضي بالله ما يعلم أنها وصلت إليه من قبل ميراث أبيه؛ لأنه ادعى عليه شيئًا لو أقر به لزمه وسقطت يمين البتات على المدعى عليه، فإن حلف المدعي لم يثبت وصول الدار إلى المدعى عليه بجهة الميراث وتوجهت يمين البتات عليه، فإن نكل ثبت الوصول بجهة الميراث فحينئذ يستحلف المدعى عليه على العلم. رجل اشترى من رجل جارية أو غيرها وقبضها منه، ثم ادعى رجل أنه اشتراها من البائع قبل أن يشتريه هذا منه، فإنه يحلف صاحب اليد على علمه على السبب بالله ما يعلم أن هذا الرجل اشتراها من البائع قبل أن يشتريه منه؛ لأن المدعي يدعى عليه سببًا لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف على العلم؛ لأنه استحلاف على فعل الغير، فإن قال ذو اليد للقاضي قد يشتريه إنسان ثم ينقض البيع وأنا أخاف أن أقر بالشراء مخافة أن يلزمني، فالقاضي يحلفه الآن على الحاصل بالله ما هذا الشيء له من الوجه الذي يدعي؛ لأنه لما عرض فقد طلب النظر من القاضي فيجب النظر له. أودع دابة عند رجل فركبها المستودع ثم هلكت الدابة فقال المستودع: هلكت بعدما نزلتُ عنها وقال المودع: لا بل هلكت قبل النزول فالقول قول المودع مع يمينه؛ لأن المستودع أقر بالسبب الموجب للضمان وهو الخلاف وادعى ما يبرئه فلم يصدق في البراءة إلا ببينته، كما لو قال أجلت مالك فأديتك، ثم كيف يستحلف المودع قال والحلف على العلم بالله ما يعلم أنها هلكت بعد النزول؛ لأنه يستحلف على فعل غيره وهو عود المودع إلى الوفاق.

(باب النكول عن اليمين)

(المبسوط): ويجوز القضاء بالنكول في باب الأموال ولا يرد اليمين إلى المدعي.

وقال الشافعي: لا يقضي بالنكول ولكنه يرد اليمين إلى المدعي، فإن حلف بأخذ المال وإلا فلا.

والصحيح قولنا؛ لأن النكول دل على رجحان الكذب في إنكاره؛ لأنه لو كان صادقًا في إنكاره لأقدم على الحلف إذ لو لم يحلف يفوت ماله؛ لأن عندنا يقضي لمجرد النكول وعنده ينقل اليمين إلى المدعي فيحلف غالبًا فيقضي له بالمال فهذا صادق للمدعى عليه عن النكول إذ لو كان صادقًا في إنكاره؛ لأن حب المال يحمله على اليمين الكاذبة صيانة للمال وكيف لا يحمله على اليمين الصادقة، فلما امتنع عن اليمين غلب على ظن القاضي أنه إنما امتنع عن اليمين الكاذبة وظهر كونه مبطلًا وكون المدعي محقًّا فوجب على القاضي تمكين المدعي من أخذ المال دفعًا للضرر عنه ويجوز رد اليمين على وجه الصلح.

وذكر في (**الجامع الصغير**): أن الصلح على اليمين جائز حتى لا يكون له أن يستحلفه على ذلك أبدًا فلما جاز الصلح جاز أيضًا رد اليمين إلى المدعي على وجه الصلح.

وذكر في (**المنتقى**): لو قال لرجل: لي عليك ألف درهم، فقال المدعى عليه: إن حلفت أنها لك عليَّ أديتها إليك فحلف وأداها إليه على الشرط الذي اشترطا فله أن يستردها منه ما لم يؤدها بغير شرط؛ لأن التمليك المعلق بالشرط لا يصح والمرسل والمنجز يصح.

ولو قال المغصوب منه: كان قيمة ثوبي مائة، وقال الغاصب: لا أدري ما قيمته ولكن علمت أن قيمته لم تكن مائة، فالقول قول الغاصب مع يمينه ويجبر على البيان؛ لأنه أقر بقيمة مجهولة، فإذا لم يتبين يحلف على ما يدعي المغصوب منه في الزيادة، فإن حلف يحلف المغصوب منه أيضًا أن قيمة ثوبه مائة ويأخذ من الغاصب منه فإذا أخذ ثم ظهر الثوب فالغاصب بالخيار إن شاء رضي بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه، وإن شاء رد الثوب وأخذ القيمة؛ لأنه لا يمكن القضاء بمائة درهم؛ لأنه قد حلف الغاصب ولا القضاء بأقل ما يصلح أن يكون قيمة الثوب؛ لأنه أقر بغصب ثوب مجهول الجنس فلا يدري القاضي أقل ما يصلح قيمة له فلم يبق وجه

إلا رد اليمين إلى المغصوب منه؛ لأنه مدعٍ عليه من وجه من حيث إن أصل الاستحقاق ثابت بإقرار الغاصب، فإن الإقرار بقيمة مجهولة صحيح فإنما الحاجة إلى فصل الخصومة واليمين شرعت بفصل الخصومة ويجوز أن تفصل الخصومة يمين المدعى عليه من وجه وهذه من خواص هذا الكتاب ولا يقضي بالنكول في الحدود؛ لأن في الحدود بعد الإقرار صح؛ ولأنها لا تقام بحجة فيها شبهة ولا يقضي بالنكول في القصاص في النفس بل يحبس حتى يحلف، وفي الطرف يقضي بالنكول بالقصاص عند أبي حنيفة، وعندهما يقضي بالنكول في النفس بالديّة، وفيما دون النفس بالأرش. لهما: أن النكول حجة فيها شبهة العدم؛ لاختلاف العلماء في كونه حجة، والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات فلا تثبت بحجة فيها شبهة العدم، والمال يثبت بحجة فيها شبهة العدم، له: أن النكول أنزل بدلًا شرعًا لحاجة الباذل إلى جواره وهي صيانة نفسه عن اليمين الكاذبة المهلكة وهذه الحاجة لا تندفع إلا بالبدل لأنا لو أنزلناه مقرًا كذبناه في إنكاره والضرر الذي يلحقه بالتكذيب فوق الضرر الذي يلحقه بالبدل، والطرف قابل للبدل لدفع الهلاك عن نفسه لقطع اليد إذا وقعت فيها الأكلة وكقلع السن إذا اشتكى وجعًا وهنا في البدل دفع الهلاك عن نفسه وهو اليمين الكاذبة المهلكة؛ لأن حب الطرف يحمله على اليمين الكاذبة فكيف تصرفه عن اليمين الصادقة فدلّ نكوله على أنه كاذب في اليمين بخلاف النفس؛ لأن إهلاك النفس يتعين لدفع الهلاك عن نفسه غالبًا لا يجوز.

(فصل)

النكول نوعان: حقيقة وحكمًا.

أما حقيقة: أن يقول المدعى عليه لا أحلف، فالقاضي يقول له ثلاث مرات احلف وإلا قضيت عليك بالمال ليكون أجلى للعمى وأبلغ في إبلاء العذر، فإن قضى القاضي بنكوله في المرة الأولى نفذ قضاؤه؛ لأن نكوله متعين للتورع عن اليمين الكاذبة فقد وجد دليل القضاء ولكن الامهال وترك الاستعجال أولى، فإن قال في المرة الأولى لا أحلف ثم قال في المرة الثانية أحلف ثم قال في المرة الثالثة لا أحلف يقضى عليه بالنكول؛ لأن بقوله في المرة الثانية أحلف لم يصر موفيا حقه

في اليمين بخلاف ما إذا استمهل المدعى عليه من المدعي ثلاثة أيام بعدما قال في المرة الأولى لا أحلف ثم جاء بعدما مضى المهلة فأبى اليمين فالقاضي يستقبل عليه عرض اليمين ثلاث مرات؛ لأن عرض اليمين إنما يبقى معتبرا إذا بقي الاستحلاف حقًّا مستحقًّا للمدعي ففي الأولى بقي حقًّا مستحقًّا للمدعي فيبقى عرض اليمين معتبرًا، وفي الثانية لم يبق حقًّا مستحقًّا في المهلة فلا يبقى عرض اليمين معتبرا، ولو قال المدعى عليه بعدما نكل عن اليمين ثلاث مرات أنا أحلف يحلفه قبل القضاء بالنكول وبعد القضاء لا يحلفه؛ لأن قبل القضاء أثره في إبطال كلام المدعي فاعتبر وبعد القضاء أثره في القضاء فلم يعتبر وصار كرجوع الشهود قبل القضاء معتبرٌ وبعده لا لما فيه إبطال القضاء، ولو قال: لا أقر ولا أنكر لا يحلفه ويحبسه عند أبي حنيفة وعندهما هو منكر؛ لأنه لما نفي الإقرار أولًا بقوله لا أقر صار منكرا ضرورة لتضاد بينهما، فقوله لا أنكر بعد نفيه الإقرار يقع لغوًا لقول أنكر وليست بمنكر، ولو قال ذلك على عكسه يكون مقرًّا بالإجماع. له: أنه لم يظهر منه الإنكار؛ لأنه نفى الإقرار والإنكار جميعًا واليمين مشروعة في حق المنكرين بالنص فحبس إلى أن يأتي بكلام لا تضاد فيه.

وأما النكول حكمًا: وهو أن يعرض القاضي اليمين عليه ثلاث مرات ويسكت كل مرة ولم يجبه يجعله ناكلًا؛ لأنه امتنع عن اليمين المستحقة عليه، ألا ترى أنه لو سكت عن جواب الخصم يجعله القاضي مجيبًا له كذا هذا، وهذا إذا لم يكن بلسانه آفة، فإن كان في لسانه آفة تمنعه من الجواب أو بأذنه آفة تمنعه من السماع لا يجعل امتناعه عن اليمين نكولًا حكمًا؛ لأنه ما لم يسمع ويقدر على الجواب لا يصير ظالما ولا يجعل نكولًا حكمًا.

ولو سأله القاضي عن دعواه فسكت ولم يجبه فالقاضي يأمر المدعي أن يأخذ منه كفيلًا حتى يسأل عن حاله هل به آفة تمنعه من السمع والكلام، فإن ظهر أنه لا آفة به وأعاده إلى مجلس القاضي وادعى وهو ساكت فالقاضي يعرض عليه اليمين ثلاثًا ويقضي عليه بالنكول. رجل ادعى عينًا في يد رجل فقضى عليه بالنكول عن اليمين ثم ادعى آخر تلك العين أن ذا اليد غصبها منه يستحلف ذو اليد؛ لأن الاستحلاف للثاني مفيد القضاء للثاني بإيجاب قيمة العين عليه متى نكل، فإن نكل يقضي بقيمة

[البائع يدعي][(١)] زيادة الثمن والمشتري ينكر والمشتري يدعي تسليم المبيع بأقل الثمن والبائع ينكر[(٢)].

وإن كانت السلعة مقبوضة تحالفا نصًا لا قياسًا؛ لأن البائع إن كان مدعيًا ومنكرا فالمشتري ليس بمدع؛ لأن المبيع سالم له ملكًا ويدًا فكان مدعيًا صورة لا معنى فيكون البائع منكرًا صورة لا معنى، واليمين لا تتوجه على المنكر صورة لكنهما تحالفا نصًا فيحلف البائع بالله ما باعه بألف كما يدعيه المشتري، ويحلف المشتري بالله ما اشتريته بألفين كما يدعيه البائع.

وذكر في الزيادات: يحلف البائع بالله ما باعه بألف كما يدعيه المشتري ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين كما يدعيه البائع ولقد اشتراه بألف والصحيح رواية الأصل؛ لأنه إنما يحلف على دعوى خصمه لا على دعوى نفسه، والبائع ادعى ألفين فمتى كان باعه بألف وتسعمائة لا يدعي ألفين؛ لأنه يعلم أن المشتري لا يبالي من الحلف على الألفين؛ لأنه لا يحنث في يمينه، وكذلك المشتري لو اشتراه بألف وزيادة لا يدعي البيع بألف لعلمه أنه يحلف البائع على الألف ولا يحنث فلم يجب اليمين باعتبار هذا الوهم وفيه نوع خلاف السنة، ولا ينفسخ البيع بنفس التحالف ما لم يتفاسخا أو يفسخ القاضي بينهما؛ لأن قوله عليه السلام: "ترادّا" والتراد عبارة عن الفسخ، ثم يقول لهما القاضي: ماذا تريدان؟ فإن طلبا الفسخ أو أحدهما، يفسخ العقد بينهما قطعًا للمنازعة، فإن لم يطلبا تركهما عسى يصطلحان على شيء؛ لأن العقد لا يفسخ بالتحالف ولا يفسد إن صار الثمن مجهولا؛ لأن هذه جهالة طارئة والجهالة الطارئة لا تفسد، ويبدأ بيمين البائع في قول أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف أحرى وهو قول محمد.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): المدعي.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٣/٣١١، ونهاية المحتاج ٨/٣٢٤، وحواشي الروض ٤/٤٠٤، والبجيرمي على الخطيب ٤/٣٥٠، ٣٥١، والمغني ٤/٥٢٨، ٥٢٩، وابن عابدين ٤/٤٤٦ ط. بولاق ١٣٢٥هـ.

ورواية الحسن عن أبي يوسف وأبي حنيفة يبدأ بيمين المشتري؛ لأن اليمين وظيفة المنكر والمشتري أشدهما إنكارا؛ لأن البائع يطالبه بتسليم الثمن أولًا وهو منكر، وهو لا يطالب البائع بتسليم البيع للحال فمن كان أشد إنكارا كانت البداية بيمينه أولى حتى لو كان البيع مقايضة أو صرفا يبدأ بيمين أيهما شاء لاستوائهما في الإنكار ولأن المشتري هو المبدأ بحقوق العقد، فإنه هو المبدأ بتسليم الثمن فيكون هو المبدأ بالتحالف؛ لأنه من حقوق العقد؛ لأنه وجب بسبب البيع.

ولو اختلفا في المبيع حتى وجب التحالف، فإنه يبدأ بيمين البائع على العبارة الأولى؛ لأنه أشدهما إنكارا وعلى العبارة الثانية يبدأ بيمين المشتري؛ لأنه هو المبدأ بتسليم حقوق العقد وقد اختلفا في المبيع والثمن جميعًا. ذكر في كتاب الوكالة يبدأ بيمين من بدأ بالدعوى؛ لأنهما استويا في الإنكار فوجب الترجيح بالبداية فجعل البادئ منهما مدعيًا والآخر منكرا، كما لو ادعى زيدٌ على عمرو ألف درهم وأنكر عمرو ثم ادعى عمرو على زيد ألفي درهم وأنكر زيد يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويبدأ بيمين عمرو؛ لأن زيدًا يسبقه في الدعوى، وإن كان زيدٌ أشدهما إنكارًا؛ لأنه أنكر ألفي درهم بخلاف ما لو اختلفا في الثمن؛ لأن البائع منكر صورة ومعنى فكان أشد إنكارا، وإن ادعيا معًا يبدأ بيمين البائع؛ لأنه أشدهما إنكارا معنى؛ لأنه ينكر زيادة المبيع والمبيع أصل في البيع والثمن كالبيع له حتى يجوز الفسخ باعتبار المبيع، ولا يجوز باعتبار الثمن وفي رواية أخرى عن أبي يوسف القاضي بالخيار يبدأ بيمين أيهما شاء، وإن شاء أقرع بينهما.

وإن اختلفا في جنس العقد بأن ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة أو جنس الثمن بان ادعى أحدهما الدراهم والآخر الدنانير.

ذكر محمد في (**الجامع**) وقال: لا يتحالفان.

وقال مشايخنا: المذكور في الجامع قولهما.

وعند محمد يتحالفان وهو الصحيح لما تبين.

وإن اختلفا في الثمن والسلعة هالكة، فإن كانت السلعة واحدة وهي هالكة عند المشتري أو خارجة عن ملكه أو صارت بحال تمنع الفسخ بأن ازدادت زيادة متصلة

[البائع يدعي][(١)] زيادة الثمن والمشتري ينكر والمشتري يدعي تسليم المبيع بأقل الثمن والبائع ينكر[(٢)].

وإن كانت السلعة مقبوضة تحالفا نصًا لا قياسًا؛ لأن البائع إن كان مدعيًا ومنكرا فالمشتري ليس بمدع؛ لأن المبيع سالم له ملكًا ويدًا فكان مدعيًا صورة لا معنى فيكون البائع منكرًا صورة لا معنى، واليمين لا تتوجه على المنكر صورة لكنهما تحالفا نصًا فيحلف البائع بالله ما باعه بألف كما يدعيه المشتري، ويحلف المشتري بالله ما اشتريته بألفين كما يدعيه البائع.

وذكر في الزيادات: يحلف البائع بالله ما باعه بألف كما يدعيه المشتري ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين كما يدعيه البائع ولقد اشتراه بألف والصحيح رواية الأصل؛ لأنه إنما يحلف على دعوى خصمه لا على دعوى نفسه، والبائع ادعى ألفين فمتى كان باعه بألف وتسعمائة لا يدعي ألفين؛ لأنه يعلم أن المشتري لا يبالي من الحلف على الألفين؛ لأنه لا يحنث في يمينه، وكذلك المشتري لو اشتراه بألف وزيادة لا يدعي البيع بألف لعلمه أنه يحلف البائع على الألف ولا يحنث فلم يجب اليمين باعتبار هذا الوهم وفيه نوع خلاف السنة، ولا ينفسخ البيع بنفس التحالف ما لم يتفاسخا أو يفسخ القاضي بينهما؛ لأن قوله عليه السلام: "ترادّا" والتراد عبارة عن الفسخ، ثم يقول لهما القاضي: ماذا تريدان؟ فإن طلبا الفسخ أو أحدهما، يفسخ العقد بينهما قطعًا للمنازعة، فإن لم يطلبا تركهما عسى يصطلحان على شيء؛ لأن العقد لا يفسخ بالتحالف ولا يفسد إن صار الثمن مجهولا؛ لأن هذه جهالة طارئة والجهالة الطارئة لا تفسد، ويبدأ بيمين البائع في قول أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف أحرى وهو قول محمد.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): المدعي.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٣١١/٣، ونهاية المحتاج ٣٢٤/٨، وحواشي الروض ٤٠٤/٤، والبجيرمي على الخطيب ٣٥٠/٤، ٣٥١، والمغني ٥٢٨/٤، ٥٢٩، وابن عابدين ٤٤٦/٤ ط. بولاق ١٣٢٥هـ.

ورواية الحسن عن أبي يوسف وأبي حنيفة يبدأ بيمين المشتري؛ لأن اليمين وظيفة المنكر والمشتري أشدهما إنكارا؛ لأن البائع يطالبه بتسليم الثمن أولًا وهو منكر، وهو لا يطالب البائع بتسليم البيع للحال فمن كان أشد إنكارا كانت البداية بيمينه أولى حتى لو كان البيع مقايضة أو صرفا يبدأ بيمين أيهما شاء لاستوائهما في الإنكار ولأن المشتري هو المبدأ بحقوق العقد، فإنه هو المبدأ بتسليم الثمن فيكون هو المبدأ بالتحالف؛ لأنه من حقوق العقد؛ لأنه وجب بسبب البيع.

ولو اختلفا في المبيع حتى وجب التحالف، فإنه يبدأ بيمين البائع على العبارة الأولى؛ لأنه أشدهما إنكارا وعلى العبارة الثانية يبدأ بيمين المشتري؛ لأنه هو المبدأ بتسليم حقوق العقد وقد اختلفا في المبيع والثمن جميعًا. ذكر في كتاب الوكالة يبدأ بيمين من بدأ بالدعوى؛ لأنهما استويا في الإنكار فوجب الترجيح بالبداية فجعل البادئ منهما مدعيًا والآخر منكرا، كما لو ادعى زيدٌ على عمرو ألف درهم وأنكر عمرو ثم ادعى عمرو على زيد ألفي درهم وأنكر زيد يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويبدأ بيمين عمرو؛ لأن زيدًا يسبقه في الدعوى، وإن كان زيدٌ أشدهما إنكارًا؛ لأنه أنكر ألفي درهم بخلاف ما لو اختلفا في الثمن؛ لأن البائع منكر صورة ومعنى فكان أشد إنكارا، وإن ادعيا معًا يبدأ بيمين البائع؛ لأنه أشدهما إنكارا معنى؛ لأنه ينكر زيادة المبيع والمبيع أصل في البيع والثمن كالبيع له حتى يجوز الفسخ باعتبار المبيع، ولا يجوز باعتبار الثمن وفي رواية أخرى عن أبي يوسف القاضي بالخيار يبدأ بيمين أيهما شاء، وإن شاء أقرع بينهما.

وإن اختلفا في جنس العقد بأن ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة أو جنس الثمن بان ادعى أحدهما الدراهم والآخر الدنانير.

ذكر محمد في (**الجامع**) وقال: لا يتحالفان.

وقال مشايخنا: المذكور في الجامع قولهما.

وعند محمد يتحالفان وهو الصحيح لما تبين.

وإن اختلفا في الثمن والسلعة هالكة، فإن كانت السلعة واحدة وهي هالكة عند المشتري أو خارجة عن ملكه أو صارت بحال تمنع الفسخ بأن ازدادت زيادة متصلة

أو منفصلة أو جنى المشتري عليها فالقول للمشتري عندهما ولا يتحالفان إذا كان الثمن دينًا، وعند محمد والشافعي يتحالفان ويترادان القيمة؛ لأن كلًا يدعي عقدًا غير ما يدعيه صاحبه وصاحبه ينكر؛ لأن العقد بألف غير العقد بألفين، ولهذا لو شهد أحدهما على البيع بألف والآخر بألفين لا تقبل لاختلاف المشهود به فصار كل واحد مدعيًا ومنكرًا.

لهما: أن اليمين حجة المنكر حقيقة بالنصّ والبائع ليس بمنكر حقيقة؛ لأن المشتري ليس بمدعٍ معنى؛ لأن السلعة سالمة له ملكًا ويدًا فلا يكون البائع منكرا معنى وأيهما أقام البينة قضى له؛ لأن البائع مدعٍ حقيقة والمشتري مدعٍ صورة والدعوى صورة تكفي لقبول البينة ولا تكفي لتوجه اليمين على خصمه؛ لأن الشاهد لا يقف إلا على الظاهر والمنكر يقف على حقيقة ضميره وصار كالمودع. أقام البينة على رد الوديعة يقبل لكونه مدعيًا صورة ولا يحلف المودع على الإنكار صورة، وإن أقاما البينة فالبينة للبائع لأنها أكثر إثباتًا، ولو ماتا أو أحدهما فاختلف الورثة قبل القبض لا يتحالفان؛ لأن التحالف ثابت نصًا لا قياسًا والنص ورد بلفظ المتبايعين ولم يوجد اختلاف المتبايعين بعد الموت، وعند محمد يتحالفان؛ لأن الوارث قائم مقام المورث في حقوق العقد، ولو اشترى عبدين وقبضهما وهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فالقول للمشتري عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا، وعند أبي يوسف القول للمشتري في حصة الميت ويتحالفان في الحي، وعند محمد يتحالفان فيهما ويترادان القائم وقيمة الهالك؛ لأن عنده هلاك الكل لا يمنع التحالف وهلاك البعض أولى، لأبي يوسف أن المانع من التحالف هو الهلاك فيتعذر الامتناع بقدر المانع؛ وذلك لأن المقصود من التحالف هو الفسخ والفسخ إن تعذر في الهالك لم يتعذر في القائم. لأبي حنيفة أن التحالف بعد القبض ثبت نصًا لا قياسًا والنص إنما ورد بالتحالف عند قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها، فإذا هلك البعض فات فعاد الأمر إلى أصل القياس وعلى هذا الخلاف إذا انقضى أو جنى عليه المشتري. واختلفوا في تفسير قول أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا قيل

معناه حينئذ لا يحلف المشتري وقيل معناه حينئذ يتحالفان وهو الأظهر؛ لأن حكم ما بعد الاستثناء تحالفا حكم ما قبله وما قبله القول للمشتري فيجب أن يكون ما بعده القول للبائع ومتى وجب يمين البائع وجب يمين المشتري، وإنما تحالفا لأنه متى رضي البائع أن لا يأخذ من ثمن الهالك شيئًا يترك الدعوى في الهالك فيجعل كأن الهالك لم يكن والبيع لم يرد إلا على القائم، وتفسير التحالف على قول أبي يوسف قيل يتحالفان على القائم لا غير، والصحيح أنهما يتحالفان عليهما كما هو قول محمد وهكذا ذكر محمد في الجامع فيحلف المشتري أولًا بالله ما اشتريتها بألفين، فإن نكل لزمه وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتها بألف، فإن نكل قضى عليه وإن حلف يفسخ العقد في القائم ويسقط ثمنه ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي أقر به وهو أن يقسم الثمن على قدر قيمتها يوم القبض وإن استويا يلزم المشتري نصف الثمن الذي أقر به، وإن اختلفا سقط من الثمن بقدر قيمة القائم ويلزمه حصة الهالك بقدر قيمته أيضًا وكذلك إذا اختلفا في الإجارة قبل استيفاء شيء من المنفعة فإنهما يتحالفان ويرادان؛ لأن المعقود عليه قائم، وإن اختلفا بعد استيفاء جميع المنفعة لا يتحالفان بالإجماع ويكون القول للمستأجر؛ لأن الإجارة بمعنى البيع لأنها معاوضة مال بمال فالنص الوارد في البيع واردٌ هنا دلالة، وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المنفعة لا يتحالفان عندهما وعند أبي يوسف يتحالفان في القائم ويكون القول للمستأجر فيما استوفى من المنفعة، فأبو يوسف مر على أصله وأبو حنيفة مر على أصله ومحمد فرق بينهما، والفرق أن في البيع الهلاك لا يمنع الفسخ على القيمة فلا يمنع التحالف، وفي الإجارة يمنع الفسخ على القيمة لتعذر القيمة فيمنع التحالف ومتى وجب التحالف في الإجارة يبدأ بيمين الآجر على قول أبي حنيفة الأول؛ لأنه بمنزلة البائع وعلى قوله الآجر وهو قول محمد يبدأ بيمين المستأجر؛ لأنه بمنزلة المشتري كذلك في المزارعة لو اختلف المزارع ورب الأرض في البذر والريع قبل المزارعة تحالفا وترادا ويبدأ بيمين من كان البذر من قبله؛ لأن المزارعة بمنزلة الإجارة وقد مرت في المزارعة مع فروعها وكل ما يمنع الفسخ يمنع التحالف وما لا فلا خلافًا لمحمد؛ لأن التحالف يراد للفسخ إذ ليس

للتحالف حكم آخر سوى الفسخ. باع من رجلين ثم باع أحدهما نصيبه من شريكه ثم اختلفوا في الثمن فالقول للشريك البائع في نصيبه ويتحالفان على الحصة التي لم تبع، قيل هذا عند أبي يوسف، وعند أبي حنيفة: لا يتحالفان أصلًا إلا أن يرى البائع أخذ البعض، وعند محمد: البائع مع كل واحد من المشتريين يتحالفان بناء على أن تعذر الفسخ في نصيب أحد المشترين يمنع الفسخ عند أبي حنيفة فيمنع التحالف إلا أن يرضى البائع لأنا إنما منعناه عن الفسخ لنفي ضرر عيب الشركة، فإذا رضي به كان له الاسترداد بالتحالف، وعند أبي يوسف لم يمنع الفسخ في نصيب الآخر فلم يمنع التحالف، وعند محمد: تعذر الفسخ لا يمنع التحالف، ولو تبايعا عرضًا بعرض وهلك أحدهما ثم اختلفا في القائم تحالفا؛ لأن المقصود من التحالف هو الفسخ وفسخ العقد ممكن بعد هلاك أحد العرضين، ولو اختلفا بعد هلاك السلعة فادعى البائع أن الثمن عين وادعى المشتري أن الثمن دين لا يتحالفان؛ لأن المبيع في جانب البائع هالك فيكون في الثمن للمشتري؛ لأن الملك فيه يستفاد من جهته، وإن ادعى المشتري أن الثمن عين وادعى البائع أنه دين تحالفا؛ لأن المبيع في جانبه قائم والفسخ متصور فيحلف المشتري لإنكاره ما يدعيه البائع ويحلف البائع لدعوى المشتري، ولو تحالفا وتفاسخا العقد وقد هلك أحد العرضين في يد الآخر رد مثله إن كان مثليا وقيمته إن لم يكن مثليا؛ لأنه بقي مقبوضًا في يده من غير عقد فصار كالغاصب.

وذكر فيما دون الأصل لو قال: اشتريت منك هذا الثوب بعشرة دراهم على أنه عشرة أذرع فوجده ثمانية وقال البائع: شرطت لك أنه ثمانية كان القول للبائع والبينة على المشتري؛ لأنهما اختلفا في صفة المبيع؛ لأن الذرع في الذرعيات يجري مجرى الصفة متى لم يذكر لكل ذرع ثمنًا، واختلافهما في صفة المبيع لا توجب التحالف إلا في السلم؛ لأنه ادعى زيادة في المبيع أنكرها البائع فيكون القول له كما لو ادعى أنه اشتراه على أنه جيد وأنكر البائع فالقول له إلا في السلم، ولو قال المشتري اشتريت منك بعشرة على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم تحالفا وترادا لأنهما اختلفا في مقدار الثمن؛ لأن المشتري يقول اشتريت عشرة أذرع بعشرة

دراهم كل ذراع بدرهم؛ لأن الذرع يكون قدرًا وأصلًا متى ذكر له حصة من الثمن وقد وجدت ثمانية فعلى الثمن ثمانية والبائع يقول لا بل الثمن عليك عشرة والاختلاف في مقدار الثمن يوجب التحالف.

وذكر في شركة الأصل: ولو ادعى رجل على أحد المتفاوضين شيئًا أو تأخير دين أو تسليم شفعة فأراد استحلاف الآخر يستحلف على علمه؛ لأن ما يلزم أحدهما بالمداينة أو بالإقرار أو بالنكول يلزمه الآخر بحكم الوكالة عنه فقد ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف عليه؛ لأن فائدة الاستحلاف النكول، ولو نكل لقضى عليه بالمال فيقدر استحلاف أيهما شاء ويستحلف على علمه؛ لأنه يستحلف على فعل غيره. رجلان قال كل واحد منهما لرجل أودعتك هذه الأمة فقال المودَع لا أدري لأيكما هذه الأمة يحلف المودَع لكل واحد منهما ألبتة؛ لأن لكل واحد ادعى على المودع عينًا في يده لنفسه وأنكر المودَع ما ادعاه عليه؛ لأنه أقر بالأمة لأحدهما لا بعينه والمقر له لا يصل إلى حقه فصار وجوده وعدمه بمنزلة، ولو عدم الإقرار أصلًا يحلف لكل واحد منهما على البتات فكذا هذا، فإن حلف توقف الأمة حتى يصطلحا في ذلك أو تقوم لأحدهما بينة، وقال الشافعي: يحلف على العلم إذا ادعيا على المودع العلم بمالكها.

(**الجامع**): اشترى أمة فماتت بعد القبض فقال المشتري اشتريتها بألف وهذا الوصيف وقيمتها خمسمائة وقال البائع بعتها بألفين فالقول للمشتري في ثلثي الجارية أنه اشتراها بألف مع يمينه ويتحالفان في ثلثها وهو حصة الوصيف؛ لأنه ادعى المشتري أن بدل الجارية بعضه دين وبعضه عين ولكل نقص حكم نفسه، ففي ثلثها بدلها دين فالقول للمشتري وفي ثلثها عين فيتحالفان ويحلف كل واحد منهما على حملها يحلف المشتري بالله ما اشتريتها بألفين ويحلف البائع بالله ما بعتها بألف، ولهذا الوصيف؛ لأنه لو حلف البائع على بيع ثلثها بالوصيف أو حلف المشتري على أنه اشترى ثلثها بثلث الألف ربما لا يحنث في يمينه بأن ينوي بذلك بيع بعضها بانفراده فالأحوط تحليف كل واحد منهما على جملتها، وإذا اختلفا غرم المشتري ثلث قيمة الجارية مع الألف وأخذ الوصيف؛ لأنه انفسخ البيع في ثلث

الجارية ولزم رده وقد عجز عن رده فغرم قيمته، وعند محمد يتحالفان في الكل لما عرف، وإن اختلفا على عكس ما ذكرنا فالقول للمشتري مع يمينه ويلزمه ألفان؛ لأن البائع يدعي شراء الوصيف بثلث الجارية والمشتري ينكر ويدعي أن بدل الجارية كله ثمن دين فيكون القول له، ولا يمين على البائع؛ لأن المشتري لا يطلب يمينه؛ لأنه يزعم أن المبيع هو الجارية وقد هلكت، فإن ادعى البائع البيع بألفين والمشتري بمائة دينار ووصيف فالقول للمشتري مع يمينه في حصة المائة دينار إذا قسمت الجارية عليها وعلى الوصيف؛ لأن ثمنها دين ويتحالفان في حصة الوصيف؛ لأن ثمنها عين ويغرم قيمته من المائة الدينار. ادعى المشتري بألف ومائة دينار والبائع بألفين فالقول للمشتري مع يمينه؛ لأن الاختلاف وقع في الثمن والسلعة هالكة، وكذلك إذا ضم إلى الدراهم سببًا مكيلًا أو موزونا أو معدودًا بغير عينه وهو بمنزلة الثمن وما كان معينا فهو ممتنع فيحلف البائع في قدره بالإجماع على ما وصفنا.

[(الزيادات)][1] وهي مسائل باب السلسلة وإنها مبنية على أصول **أحدها**: ادعى البائع بيع العبد من آخر والعتق عليه، **والثاني**: ادعى البيع والعتق في نصف العبد، **والثالث**: ادعى البيع بمائة دينار والعتق والمشتري أقرا بالشراء بألف درهم وأنكر العتق، **والرابع**: لو تصادقا على بيع نصف العبد ثم أعتق البائع الباقي قبل التسليم.

أما **الأول**: لو ادعى على آخر أنه باعه منه هذا العبد أو أعتقه وأنكرهما المشتري يحلف المشتري على الشراء أولًا، فإن نكل ثبت شراؤه ثم يحلف على العتق؛ لأن البائع يدعي عليه تأكد الثمن ويحوّل المبيع إلى ضمان المشتري بالعتق؛ لأنه به يصير قابضًا، فإن نكل ثبت العتق وتأكد الثمن وولاؤه له وإن حلف لم يعتق، فإن حلف على الشراء لم يحلف بعده على العتق؛ لأنه لم يثبت الملك للمشتري فلا فائدة في تحليفه على العتق؛ لأنه متى نكل لا يعتق عليه ولكن يعتق على البائع بإقراره أنه مالكه أعتقه وولاؤه موقوف؛ لأن كل واحد نفى العتق عن نفسه، وإن كان العبد في يد المشتري، فإنه يحلف على الشراء ولا يحلف على العتق؛ لأنه لا يسمع دعوى البائع العتق بعد القبض؛ لأنه إنما يسمع لما فيه من إثبات القبض والقبض

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فصل.

ثابت معاينة فلا ينتصب خصمًا في دعوى العتق ولا يحلف في عتق العبد من غير دعوى، فإن نكل بقي العبد مملوكًا له وإن حلف على الشراء عاد العبد إلى البائع وعتق بإقراره وولاؤه موقوف.

والثاني: لو ادعى البائع البيع والعتق في نصف العبد وأنكرهما المشتري يحلف المشتري على الشراء، فإن نكل يحلف على العتق، فإن نكل عتق عليه، وإن حلف على العتق فعند أبي حنيفة يسعى العبد في جميع قيمته للبائع، وكذلك عندهما إن كان المشتري معسرًا يسعى لهما في نصيبهما، وإن كان موسرًا فليس للبائع استسعاء العبد بناء على أن أحد الشريكين إذا شهد على صاحبه بالعتق يسعى العبد للشاهد عنده بكل حال وعندهما على هذا التفصيل.

ولو ادعى المشتري الشراء أو العتق في نصفه وأنكر البائع ذلك قبل القبض، فإن كان البائع موسرًا لا يسمع دعواه؛ لأنهما تصادقا أن لا عقد بينهما؛ لأن البائع ينكر العقد أصلًا والمشتري بدعوى العتق على البائع يقر بانفساخ العقد؛ لأن عتق أحد الشريكين إذا كان موسرًا لا يوجب السعاية على العبد لشريكه، والمبيع لا يجوز أن يكون مضمونًا على البائع بالقيمة؛ لأنه مضمون بالثمن، ولهذا لو قبله البائع لا يضمن القيمة فلا يكون قائما بنفسه ولا بقيام بدله، وإن كان البائع معسرًا يسمع دعوى المشتري؛ لأنه وجبت السعاية على العبد فيكون البيع قائمًا بقيام بدله وهو القيمة فلا ينفسخ العقد ويتخير المشتري بين الفسخ والإمضاء، ثم القاضي يقول له: ماذا تريد الفسخ أو الإمضاء؟ فإن أراد الفسخ لا يسمع دعواه لخلوها عن الفائدة، وإن أراد الإمضاء يسمع دعواه فيحلف البائع على البيع والعتق، فإن نكل ثبت ما ادعاه المشتري وكان له أن يستسعي العبد في نصف قيمته، فإن حلف عليهما انتفيا وكان العبد للبائع، وإن كان العبد في يد المشتري يسمع دعواه سواء كان البائع موسرًا أو معسرًا؛ لأن المبيع بعد القبض يجوز أن يصير مضمونًا على البائع بالقيمة، كما لو أتلفه، فالمشتري بدعوى العتق عليه يدعي عليه ضمان القيمة فيسمع.

والثالث: لو قال البائع: بعت منك هذا العبد بمائة دينار وأعتقته، وقال المشتري: اشتريته بألف درهم وما أعتقته فعندهما يبدأ بيمين المشتري على العتق قبل يمين

التحالف؛ لأن البائع ادعى هلاك المبيع بالإعتاق وهلاكه بعد القبض يمنع التحالف عندهما ويحوله إلى ضمان المشتري فكان البائع يدعي سقوط التحالف والتحول إلى ضمان المشتري، فإن نكل عتق وسقط التحالف ويكون القول للمشتري في الثمن مع يمينه، فإن يحلف على العتق حينئذ يتحالفان في الثمن فيبدأ بيمين المشتري، فإن نكل لزمه مائة دينار والعبد له، وإن حلف يحلف البائع على دعوى المشتري، فإن نكل فله الألف، فإن حلف فسخ العقد بينهما ويعتق العبد؛ لأن البائع أقر بحرية عبد غيره ثم ملكه فينفذ إقراره ويكون ولاؤه موقوفًا، وعند محمد يبدأ بالتحالف؛ لأن هلاك المبيع عنده لا يمنع التحالف واختلافهما في العقد سابق على اختلافهما في العتق فيترتب الاستحلاف على ترتيب اختلافهما في الدعوى.

والرابع: لو تصادقا على بيع نصف العبد ثم أعتق البائع الباقي قبل التسليم، فإن كان معسرًا وجبت السعاية ولم ينتقض البيع وللمشتري الخيار، أو إن كان موسرًا ينقض البيع عندهما وهو أحد الروايتين عند أبي حنيفة؛ لأن الضمان متعين وضمان القيمة لا يجب على البائع قبل التسليم فينتقض.

وفي رواية ابن سماعة عن أبي حنيفة: لا ينتقض حتى يختار المشتري تضمينه؛ لأن الواجب أحدهما، إما الضمان أو السعاية ويتعين باختياره ولا ينتقض ما لم يختر الضمان ومتى انتقض البيع حكما في هذا حكمًا وينقض المشتري فلا سعاية للبائع على البيع عندهما؛ لأن العبد كله له وأعتق بعضه، وفي أوضح الروايتين عن أبي حنيفة أنه تجب السعاية؛ لأنه صار كأن كله له ما عتق بعضه بعده ثم مسائله على خمسة فصول:

(الفصل الأول)

ادعى على آخر أنه باعه عبده منه بمائة دينار وأعتقه وقال المشتري: ما اشتريت إلا نصفه بخمسمائة درهم وما أعتقت العبد يحلف المشتري على الشراء والعتق؛ لأن البائع ادعى عليه شراء الكل والقبض بالإعتاق والمشتري ينكرهما، فإن نكل عنهما لزماه والولاء له ثم عندهما يبدأ بيمين العتق، فإن نكل عن العتق وعتق عليه يحلف على شراء الكل، وإنما يحلف على دعوى البائع وإن سقط التحالف بالعتق؛

لأنه لو حلف على دعوى نفسه يحتاج إلى تحليفه على دعوى صاحبه، وعند محمد يبدأ بيمين الشراء؛ لأن إعتاق المشتري عنده لا يمنع التحالف.

وإن حلف عليهما عتق نصف العبد على البائع بإقراره بعتق العبد الصادر ممن هو مالك له ولا سعاية عليه للبائع؛ لأنه ادعى قيمة الثمن على المشتري فيكون متبرئًا عن السعاية ونصف ولائه موقوف؛ لأن كل واحد منهما ينفيه عن نفسه، وعند أبي حنيفة الولاء كله للمشتري؛ لأن الإعتاق عنده لا يتجزأ ويخير في النصف المشتري في النصف الذي يدعي شراءه، فإن نقض البيع فيه عتق على البائع أيضًا بغير شيء؛ لأن البائع أبرأ العبد من السعاية حيث يدعي على المشتري جميع الثمن، فإن أمضى البيع فيه فله ذلك، ويسعى العبد له في نصف قيمته؛ لأن المشهود عليه بالعتق يستوجب السعاية سواء كان شريكه موسرًا أو معسرًا ويتصدق بما أراد على خمسمائة إن أخذ بها دراهم؛ لأنه ربح ما لم يضمن؛ لأن المبيع لم يكن في ضمانه، وإن أخذها دنانير لم يتصدق؛ لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس، فإن قال البائع لا أسلم له بيع نصف العبد يقال للبائع: احلف أنت أيضًا بالله ما بعت منه النصف بخمسمائة وهذه يمين التحالف؛ لأن المشتري قد حلف فأخر هنا يمين البائع لاحتمال بطلان التحالف، فإذا لم يمتنع وجب تحليف البائع، فإن نكل لم يكن له سوى الخمسمائة، وإن حلف فسخ العقد في عتق النصف الآخر على البائع أيضًا بشهادته على صاحبه بالعتق ولا سعاية له؛ لأنه يتبرأ من السعاية، ويقول: حقي في الثمن قبل المشتري. طعن إسماعيل بن حماد وقال: ينبغي أن لا يتحالفا هنا؛ لأن التحالف إنما شرع لدفع الضرر منهما، وفي شرع التحالف هنا ضرر بالبائع؛ لأنه لم يسلم له شيء لا الثمن ولا السعاية قلنا: معنى دفع الضرر بالتحالف أن يعود إلى كل واحد منهما ملكه، وهنا إذا فسخ العقد في النصف عاد إلى البائع وعتق عليه بإقراره فلا يلحقه الضرر بالتحالف، وإنما يلحقه بحكم إقراره، فإن نكل المشتري عن اليمين بالشراء أو حلف على العتق يلزمه العبد بمائة وهو حر كله ويسعى للمشتري في نصف قيمته لا غير؛ لأنه أقر المشتري في الابتداء أن نصفه قد عتق بإقرار البائع بغير شيء؛ لأن إقراره صادف ملكه فلا يصح رجوعه عنه فيعتق

نصيبه أيضًا بالسعاية؛ لأنه مشهود عليه بالعتق، وإن حلف على الشراء ونكل عن العتق فقد لزمه الشراء في نصفه وعليه ثمنه وعتق نصفه بنكوله.

وأما النصف الآخر، فإن كان موسرًا فعليه الأقل من قيمته ونصف الثمن للبائع؛ لأن المشتري أقر بنصف القيمة بالعتق والبائع يدعي نصف الثمن فعليه الأقل؛ لأنه متيقن به والأكثر مشكوك فيه، فإن كان معسرًا فلا شيء للبائع سوى نصف الثمن؛ لأن المشتري، وإن أقر بالعتق إلا أن إعتاق المعسر لا يوجب الضمان فلم يصر معسرًا بالضمان، ولا سعاية على العبد؛ لأن البائع أبرأ العبد عن السعاية حيث ادعى الثمن على المشتري، وكذلك الجواب إن كان المشتري قبض العبد إلا أنه لا خيار للمشتري في نقض البيع في النصف الذي ادعى أنه اشتراه، ويسعى في نصف قيمته، ولا يتصدق بالفضل دنانير كانت أو دراهم، ولا يتحالفان ما لم يرض البائع خلافًا لمحمد؛ لأن السلعة تغيرت في يد المشتري وضمانه فيطيب له الفضل؛ لأنه حصل في ضمانه.

(الفصل الثاني)

لو ادعى المشتري الإعتاق على البائع وهو ينكره فللبائع أن يحلف المشتري على الشراء أولًا؛ لأن الشراء أسبق من العتق. ولا يبدأ بيمين البائع؛ لأنه لا يفيد التحالف؛ لأن فائدة تحليفه النكول.

ولو أقر البائع وقال: أعتقت بعدما بعت وكان إعتاقي باطلًا لا يسمع. ثم كيف يحلف المشتري قيل: يحلف بالله ما اشتريته بمائة دينار كما يدعيه البائع ولا يزاد عليه؛ لأن يمين التحالف غير ساقطة عن المشتري؛ لأن في زعمه أن البيع في نصف العبد تحول من العين إلى القيمة، وهي السعاية بإعتاق البائع فكان المبيع قائما بقيام بدله وهي القيمة فبقي التحالف في زعمه.

وقال القاضي أبو حازم: يحلف بالله ما اشتريته بمائة دينار وقد اشتريت نصفه بخمسمائة كما تدعيه أنت؛ لأن هلاك المبيع متردد محتمل بين أن يكون قبل القبض أو بعده؛ لأنه لا يمكن إثبات العتق من جهة البائع لإنكاره وعتق العبد بإقرار

المشتري فيصير المشتري قابضًا للعبد بإعتاقه، فيكون هلاك المبيع بعد القبض، ويحتمل العتق من البائع باعتبار زعم المشتري فيكون هالكًا قبل القبض فيحلف المشتري على دعوى نفسه وعلى دعوى البائع جميعًا عملًا لشبهين، فإن نكل لزمه العبد بمائة دينار وعتق كله نصفه بسعاية؛ لأن في زعمه أنه عتق عليّ بإعتاق البائع فينفذ ذلك إقراره بشراء كل العبد، وأن يضمن رجوعه عن الإقرار بالعتق لكن رجوعه يصح في حقه حتى يصح الشراء، ولا يصح في حق بطلان العتق ووجوب السعاية حتى لا يسعى العبد للمشتري إلا في النصف خاصة ونصفه بلا سعاية عند أبي حنيفة وكذلك عندهما إن كان البائع معسرًا، وإن كان موسرًا لا يسعى في شيء؛ لأن أحد الشريكين إذا شهد على صاحبه بالعتق يسعى للشاهد بكل حال عنده، وعندهما لا يسعى إلا في حال اعتبار المشهود عليه، وإن حلف المشتري على الشراء فله أن يحلف البائع على العتق، فإن نكل ظهر العتق من جهته في عبد باع نصفه ثم أعتقه قبل التسليم فيخير المشتري؛ لأنه تغير في يد البائع حيث تحول إلى السعاية وهذا عند أبي حنيفة، وكذلك عندهما إن كان البائع معسرًا، وإن كان موسرًا انتقض البيع وهو حر على البائع؛ لأن المبيع فات إلى حلف، فإن حلف البائع على العتق وجب للبائع على المشتري خمسمائة التي أقر بها؛ لأنه تغيرت السلعة من جهة المشتري بإقراره بالعتق فيلزمه البيع وعتق العبد عليه، ولا يسعى لواحد منهما في شيء؛ لأن البائع زعم أن حقه قِبَل المشتري في الثمن لا في السعاية وعتق نصيب المشتري مضافًا إلى إقراره فلا يكون له على العبد سعاية ولا خيار للمشتري في شيء من العبد، ولا يتحالفان لهلاك السلعة من جهة المشتري إلا أن يرضى البائع فيتحالفان، وقد كان المشتري حلف فيحلف البائع، فإن نكل أخذ خمسمائة.

وإن حلف فُسِخَ البيع عند أبي حنيفة وكذلك عند أبي يوسف إن كان البائع معسرًا، وإن كان موسرًا فلا سعاية على العبد ولا تحالف؛ لأن السلعة مستهلكة بإقرار المشتري بالعتق، وعند محمد يتحالفان وعلى المشتري نصف القيمة؛ لأن هلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف، فإن كان المشتري قَبِل العبد قبل اختلافهما فكذلك الجواب إلا أن المشتري يتصدق بنصف فضل القيمة على نصف الثمن، ولا

يحلف البائع على دعوى المشتري العتق؛ لأنه لا يدعي عليه إلا نصف ضمان القيمة إن كان موسرًا، ولو استحلف فإنما يستحلف في هذا خاصة، ولا يمين عليه بالتحالف؛ لأنه لا يفسخ البيع بسبب السعاية الواجبة على العبد لأنها وجبت بعد القبض.

(الفصل الثالث)

لو ادعى البائع على المشتري الإعتاق ثم ادعاه المشتري على البائع يحلفه المشتري على الشراء والعتق؛ لأن البائع بادئ بالدعوى فيتوجه اليمين كلها على المشتري ابتداء، فإن نكل فيهما لزمه العبد بمائة دينار وعتق كله عليه كأنه أقر به.

وإن حلف عليهما فله أن يحلف البائع على العتق؛ لأن نصف العبد بقي على ملكه، فإن نكل فقد أقر بعتق العبد على ما مر.

وإن حلف البائع عتق نصفه بغير شيء ونصفه بالسعاية والمشتري بالخيار؛ لأنه تغير المبيع من العين إلى القيمة حكمًا لا يضيع أحد فكان بمنزلة ما لو تعيب في يد البائع من غير صنع أحد، فإن اختار البيع فللبائع منع السعاية ويتحالفان عند أبي حنيفة وكذلك عندهما إلا إذا كان موسرًا فلا سعاية للمشتري، وإن كان الاختلاف بعد القبض فالجواب كما ذكرنا في الفصل الأول ولا يجري التحالف إلا عند محمد بخلاف الفصل الأول.

(الفصل الرابع)

ولو بدأ المشتري فقال: ما اشتريت منك إلا نصفه بخمسمائة درهم وأعتقته ثم قال البائع بعت كله بمائة دينار وأعتقته أنت، يحلف المشتري على الأمرين، وإنما يحلف على العتق لحق العبد؛ لأن العبد يزعم أنه عتق من قبله، فإن ولاءه له وفي الفصل المتقدم يستحلف على العتق لحق البائع، والفرق أن ثمة الاستحلاف على العتق بدعوى البائع توجب تأكد الثمن وتقرره ويجعل المبيع في ضمان المشتري ويبرمه وهنا تأكد الثمن ودخل في ضمان المشتري من غير استحلافه؛ لأن الإقرار منه بالعتق منه بدءًا يكون استهلاكا منه وبالاستهلاك يتأكد الثمن ويدخل في ضمانه

فلا فائدة في استحلافه وإن نكل ظهرا جميعًا، وإن حلف لا يظهر الشراء إلا في النصف فلا خيار له؛ لأنه تغير المبيع بقوله وهو إقراره بالعتق بدءًا فلا يتحالفان إلا إذا رضي البائع.

(الفصل الخامس)

ولو ادعى كل واحد منهما العتق معًا بأن خرج الكلامان منهما معًا يجعل المشتري بادئًا بالدعوى، وقد مر في جوابه أنه دعوى المشتري العتق أنفذ وأحق؛ لأنه مالك للتصرف إحاطة ويقينا وملك البائع في مظنة الشك والاحتمال فجعلنا دعواه أسبق لكونها أحق؛ لأن الأصل أن كل تصرفين إذا اقتربا وتقابلا وأحدهما أنفذ وألزم يجعل الأنفذ أسبق وأحق كمن يزوج حرة وأمة جاز نكاح الحرة ويبطل نكاح الأمة؛ لأن نكاح الحرة أنفذ وألزم فجعلناه أسبق وأحق فكذا هذا، ولو قال البائع بعد اختلافهما في المبيع: العبد حر إن لم أكن بعته بمائة دينار ثم قال المشتري: العبد حر إن كنت اشتريته منك إلا نصفه بخمسمائة، أو بدأ المشتري وحلف ثم حلف البائع أو حلفا جميعًا فالجواب فيه كما لو أقر بإنشاء العتق على التفصيل الذي ذكرنا.

ولو لم يتناكرا البيع حتى بدأ البائع فقال: إن كنت لم أبعه منك بمائة دينار فهو حر، وقال المشتري: إن كنت اشتريته منك إلا نصفه بخمسمائة فهو حر وبدأ المشتري ثم بدأ البائع، أو خرج الكلامان معًا وهو بمنزلة ما لو بدأ المشتري بدعوى العتق وقد مر جوابه؛ لأن الخصومة أينما تتم وتهيج بمقالة المشتري فصار المشتري بما قال مدعيًا على البائع أنه كاذب في يمينه فيعتق العبد عليه، فأول كلامه لا يصير شهادة بالعتق لعدم المنازعة فيتوقف على آخره بخلاف ما تقدم؛ لأن هناك بإنكار الشراء من المشتري قد تحققت الخصومة ووقعت المنازعة فيصير البائع مدعيًا عليه العتق بدعواه السابقة أنه كاذب في يمينه فيصيران شهادة بالعتق في ساعة واحدة فكأنهما ادّعيا معًا.

(باب التحالف في إقرار البائع بملك المبيع لغيره)

(المبسوط): أصله: أن المضمون متى تعذر رده بفعل المالك يبرأ الضمين عن الضمان؛ لأن المالك صار قابضًا للمضمون بالاستهلاك، ومتى تعذر رده بفعل غيره يتقرر عليه الضمان ويتأكد.

لو قال البائع: الجارية التي بعتها ملك هذا الرجل وكلفني ببيعها، وقال المقر له: كنت بعتها منك بمائة دينار وقبضتها ثم بعتها لنفسك، فالجارية للمشتري بتصادقهما وتوافقهما، فإن كانت الجارية عين معروفة للمقر له يتحالفان؛ لأن المقر يدعي الأمر بالبيع والمقر له ينكره والمقر له يدعي البيع منه واليمين عليه والمقر ينكره فكان كل واحد منهما مدعيًا ومنكرًا ويبدأ بيمين المقر؛ لأن في البداية بيمينه تقليل اليمين؛ لأن في نكوله سقوط اليمين عن المقر له؛ لأنه متى ثبت البيع منه بنكوله سقطت الوكالة، وليس في نكول المقر له سقوط اليمين عن المقر له لأنه متى ثبت البيع منه بنكوله منه سقطت الوكالة، وليس في نكول المقر له لجواز أنه وكله ثم باعه منه، فإن حلف غرم المقر قيمتها؛ لأن الرد امتنع بفعله وهو بيعه وتسليمه من غيره لا بفعل المقر له بدليل أنه لو أنكر المقر له البيع منه وجحد الوكالة لم ترد الجارية عليه؛ لأنها إذا لم تكن معروفة للمقر له صح البيع من حيث الظاهر وتعلق بها حق المشتري؛ لأن الظاهر من حال الإنسان أن يتصرف في ملك نفسه وصار اليمين الذي على المشتري للمقر؛ لأنه يملك الجارية بأداء الضمان من حين قبضها.

وإن كانت الجارية معروفة للمقر له، قيل: يتحالفان كما لو كانت مجهولة.

والصحيح أنه يحلف المقر دون المقر له، وقد نص محمد عليه في آخر هذا الباب؛ لأن المقر له يدعي على المقر البيع منه واليمين عليه وأنكره المقر وهو لا يدعي على المقر له براءة نفسه عن الضمان؛ لأنه لا ضمان عليه، ومقصوده من دعوى الوكالة براءة نفسه عن الضمان، فإذا لم يكن عليه ضمان فلا طائل تحت هذه الدعوى فلا فائدة في تحليفه ولم يغرم المقر قيمتها؛ لأن الرد امتنع بإقرار المقر له بالبيع منه إذ لولاه لأخذ الجارية، ألا ترى أن من باع جارية ثم أقر أنها لغيره وهي

معروفة للمقر له يردها عليه وإن لم تكن معروفة لا يردها فكان فوات الرد بفعله، ولا يضمن المقر وأخذ الثمن إن شاء وإلا فهو موقوف على يد البائع على تصديق المقر له؛ لأن المقر زعم أن اليمين ملك المقر له فكذبه المقر له فيه إلا أن المقر مصرّ على إقراره؛ لأنه أقر له بثمن الجارية بسبب البيع والبيع لم يفسخ فبقي مصرًا على إقراره فمتى عاد إلى تصديقه يأخذه.

وإن كانت الجارية هالكة فالقيمة لازمة للمقر له مجهولة كانت أو معروفة؛ لأن الرد لم يمتنع بإقراره بل لهلاكها، ولو لم يبعها ولكن كاتبها، والمسألة بحالها يتحالفان سواء كانت الجارية معروفة للمقر له أو لا. أما تحليف المقر له فظاهر، وأما المقر له، فإنه يحلف على دعوى الجارية متى كانت مجهولة؛ لأنها تدعي أن الكتابة وقعت بإذنه ومتى أدت إليه بدل الكتابة يعتق والمقر له ينكر ذلك فيحلف، وإن كانت مجهولة وقد تحالفا لم ينقض الكتابة، ويضمن المقر قيمتها لأنها تعذر الرد بفعله وهو الكتاب وعتقت بالأداء إليه والولاء له؛ لأنه ملكها بأداء الضمان من وقت القبض، وإن كانت معروفة لم يضمن وينقض الكتابة؛ لأن المكاتبة عاجزة عن أداء بدل الكتابة لعدم من يؤدى إليه؛ لأن المقر له أنكر وقوع الكتابة له فالمقر يقول كنت وكيلًا في كتابتك وبدل الكتابة يؤدى إلى الموكل لا إلى الوكيل، والعجز عن أداء بدل الكتابة يوجب فسخها بخلاف ثمن البيع؛ لأن المشتري يؤدي إلى العاقد؛ لأن حق القبض له ولئن عجز فالعجز عن الثمن لا يوجب فسخ البيع.

ولو كان المقر أعتقها والمسألة بحالها إن كانت مجهولة له صح وعليه قيمتها والولاء له، وإن كانت معروفة فلا شيء عليه والولاء موقوف؛ لأن كل واحد منهما يقر بالولاء لصاحبه وصاحبه ينكر فالمقر يقول: أعتقتها بأمرك ولك ولاؤها والمقر له يقول: أعتقت عن نفسك ولك ولاؤها، ولو كان المقر دبرها فأيهما مات عتقت بكل حال لتصادقهما عليها؛ لأن المقر له يزعم أن المقر دبرها ملك نفسه والمقر يزعم أني دبرتها عنه بإذنه فتكون الجارية مدبرة للمقر له إلا أنه لما ادعى أنها مدبرتي فقد علق عتقها بموتي أيضًا وهو مالك لها فصح التعليق فقد تصادقا على عتقها بموت أيهما كان والجواب في الولاء والضمان ما مر في الإعتاق.

وإن كان المقر استولدها وقال: هي أمته زوجنيها، وقال المقر له: بعتكها بمائة دينار فهي أم ولد والولد حر لتصادقهما على حريتها؛ لأن المقر له يقول استولد ملك نفسه فَعَلِقَ حرًّا والمقر يقول استولدتها بملك النكاح فالولد عَلِقَ رقيقًا للمقر له إلا أنه أقر بعتقه فعتق بإقراره، وتعتق الأم بموت الواطئ ولا تعتق بموت المقر له؛ لأنه يقول استولدها المقر بملك اليمين وصارت أم ولد له فلا تعتق بموت غير مولاها، وتعتق بموت الواطئ لإقرار المقر له بذلك، ولو تصادقا على الإيداع فادعى المودع أنه أمره بالبيع وقد باعه وقال المودع: بعت منك بمائة دينار وبعته لنفسك والجارية ماتت في يد المشتري فعلى المقر قيمتها في جميع الأحوال؛ لأنه مودع بعدي في الأمانة بالتسليم إلى الغير ثم ادعى البراءة عن الضمان بالأمر بالبيع ولم يثبت لما حلف المنكر.

كتاب الدعوى

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الدعوى، وتفسيره، وركنه، ومعرفة المدعي من المدعى عليه، وشرط جوازه، وحكمه شريعة.

أما مشروعيته: فلقوله تعالى: ﴿وَفَصْلَ الْخِطَابِ ۝٢٠﴾ [ص: ٢٠] أي البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وروى محمد بن الحسن رحمه الله بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: **"لو تُرِكَ الناس ودعواهم لادّعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر"**(١).

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٤٣/٣ (٢٥١٤) قال: حدثنا خلاد بن يحيى، قال: حدثنا نافع بن عمر. وفي ١٧٨/٣ (٢٦٦٨) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا نافع بن عمر. وفي ٣٥/٦ (٤٥٥٢) قال: حدثنا نصر بن علي بن نصر، قال: حدثنا عبد الله بن داود، عن ابن جريج. و«مسلم» ١٢٨/٥ (٤٤٩٠) قال: حدثني أبو الطاهر، أحمد بن عمرو بن سرح، قال: أخبرنا ابن وهب، عن ابن جريج. وفي (٤٤٩١) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن بشر، عن نافع بن عمر. و«ابن ماجه» (٢٣٢١) قال: حدثنا حرملة بن يحيى المصري، قال: حدثنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرنا ابن جريج. و«أبو داود» (٣٦١٩) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، قال: حدثنا نافع بن عمر. و«الترمذي» (١٣٤٢) قال: حدثنا محمد بن سهل بن عسكر البغدادي، قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا نافع بن عمر الجمحي. و«النسائي» ٢٤٨/٨ قال: أخبرنا علي بن سعيد بن مسروق، قال: حدثنا يحيى بن أبي زائدة، عن نافع بن عمر. وفي «الكبرى» (٥٩٥١) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا ابن جريج. و«أبو يعلى» (٢٥٩٥) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن نافع بن عمر. و«ابن حبان» (٥٠٨٢) قال: أخبرنا محمد بن المنذر بن سعيد، قال: حدثنا يوسف بن سعيد، قال: حدثنا حجاج بن محمد، عن ابن جريج. وفي (٥٠٨٣) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثنا ابن وهب، أخبرني ابن جريج.

ثلاثتهم: (عبد الملك بن جريج، ونافع بن عمر، ومحمد بن سليم المكي) عن عبد الله بن أبي مليكة، فذكره.

وأما تفسيره لغةً: فالدعوى في اللغة عبارة عن إضافة الشيء إلى نفسه مطلقًا حالة المنازعة والمسألة تقال ادعى يدعي إذا أضاف الشيء إلى نفسه.

وفي الشريعة: يراد به إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة والمشاجرة.

فأما ركنه: ما هو تفسيره؟ وهو إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة بأن يقول هذه العين لي.

وأما معرفة المدعي والمدعى عليه: اختلفوا فيه؛ قيل: المدعي من يدعي ما ليس بثابت، والمدعى عليه من يتمسك بما هو ثابت، وأن الملك ثابت لذي اليد بظاهر اليد ولا يعرف ثبوت الملك للخارج لافتقار اليد المتصرفة والحجة المبينة، وإذا ادعى دينًا على رجل فالرجل هو المنكر؛ لأنه ادعى ما ليس بثابت، فإنه ادعى بنقل ذمته بالدين، والذمم في الأصل خلقت بريئة خالية عن الحقوق، والمديون متمسك بما هو ثابت وهو فراغ ذمته، فإن ادعى الإيفاء أو الإبراء صار مدعيًا عليه؛ لأنه ادعى ما ليس بثابت وهو فراغ ذمته عن الدين بعدما ثبت شغلها بتصادقهما وتوافقهما فينقلب مدعًا عليه.

ولو ادعى رجلان دارًا في يديهما كون كل واحد منهما مدعٍ ومدعى عليه مدعيًا فيما في يدي صاحبه مدعى عليه فيما في يده، وقيل: المدعي من إذا ترك الدعوى يترك وذاك، والمدعى عليه من إذا تركه لا يترك وذاك بل يخير عليه.

وقد أشار محمد إلى أن المدعي من لا يكفيه مجرد الإنكار فيصير خصمًا والمدعى عليه من يكفيه مجرد الإنكار فيصير خصمًا، فإنه إذا كان عينًا في يد رجل فقال آخر هذه العين ليست ملكك لا يصير خصمًا حتى لا تسمع بينته ما لم يدع الشيء لنفسه.

ولو قال المدعى عليه هذا ليس لك يصير خصمًا بمجرد الإنكار حتى تسمع بينته على أنه له وإن لم يدع لنفسه؛ لأنه لما بقي الملك له وثبت الملك له بظاهر يده فكان مدعيًا اقتضاء إن لم يكن مدعيًا نصًّا وإفصاحًا.

وأما شرط جوازها: وهو أن تكون الدعوى في مجلس القضاء على خصم حاضر وأن يكون المدعى به معلومًا؛ لأنه إذا كان مجهولا لا يمكن الشهادة والقضاء به،

وأن يلزم المدعي به المطلوب حتى لو لم يلزم ذلك المطلوب بأن ادعى أنه وكيل فلان، فإنه لا يسمع دعواه إذا أنكر؛ لأنه يمكنه عزله في الحال، ولو كانت الدعوى غير صحيحة فادعى المدعى عليه الدفع هل يسمع منه من غير تصحيح الدعوى؟ اختلفوا فيه والصحيح أن مدعي الدفع يطالب بتصحيح الدعوى أولًا ثم بإثبات الدفع.

وأما حكمه: فاستحقاق الجواب على خصمه إما بلا أو بنعم، فإن أقر ثبت المدعى به، وإن أنكر يقول القاضي للمدعي ألك بينة؟ فإن قال: لا، يقول له: لك يمينه، **وأصله قصة الحضرمي والكندي فإنهما اختصما في شيء بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للمدعي منهما: "ألك بينة؟ فقال: لا، فقال: لك يمينه، ليس لك غير ذلك"**، ولو سكت المدعى عليه ولم يجب بلا أو نعم فالقاضي يجعله منكرا حتى لو أقام المدعي البينة عليه يسمع؛ لأن الإنكار ثابت ظاهرًا[(١)].

(باب ما يمنع صحة الدعوى وما لا يمنع)

(المبسوط): أصله: أنه متى ثبت عند الحاكم تعارض القولين المتضادين من المدعي في الدعوى منع استماع الدعوى كما لو ثبت عنده اختلاف القولين من الشهود منع قبول الشهادة؛ لأن الحكم يستند إلى موافقة الدعوى والشهادة فكل ما له أثر في قدح الشهادة ويجرحها أثَّر في منع استماع الدعوى وتبطيلها، وكل قولين أمكن التوفيق والتلفيق بينهما لا يمنع استماع الدعوى والشهادة صونًا لنطقه عن اللغو والهذي وحملًا لعبارته على الصحة والسداد باعتبار عقله ودينه. الوكيل بالخصومة لو أقر على موكله أنه قبض دينه ثم ادعى عليه دينًا لموكله لم تقبل دعواه لوجود إقرارين متضادين منه فيكون مكذبًا نفسه لكل واحد منهما.

---

(١) انظر: البدائع ٢٢٧/٦، حاشية الدسوقي ٢٢٧/٤، الوجيز للغزالي ٢٦٥/٢، المغني لابن قدامة ٢٣٧/٩، تبصرة الحكام ١٦٩/١، جواهر الإكليل ٢٢٨/٢، شرح الروض من أسنى المطالب ٤٠٢/٤، نهاية المحتاج ٢٩٥/٨ - ٢٩٦، روضة القضاة وطريق النجاة ص٢٨٣، المهذب ٣٠٢/٢.

ولو قال: هذا لي، ثم قال: هو لموكلي كنت فيه وكيلًا تقبل، ولو قال: هذا لفلان، فإنه قد وكله بالخصومة فيه ثم أقام بينة أنه له لم تقبل، وكذلك لو قال لفلان آخر: وكلني بالخصومة فيه إلا أن يقول وكلني الأول ثم باعه من فلان ثم وكلني الثاني فيقضي للآخر؛ لأن ملك فلان يجوز إضافته إلى وكيله من حيث إنه يتصرف فيه وكيله كالمستأجر يضيف الدار المستأجرة إلى نفسه بالسكنى، فأما ما ملكه لا يجوز أن يضيفه إلى غيره؛ لأنه لم يكن لفلان ملك تصرف فيه فأمكن التوفيق بين كلاميه في الأولى دون الثانية، ولو قال هذا لي ثم أقام البينة أنه اشتراه منه أو وهبه تقبل، ولو قال أولًا اشتريته من فلان أو ورثتها عن أبيه ثم أقام البينة أنه له لا تقبل، والفرق أن قوله هذا لي لا يجوز أن يعبر عن ملك أصلي قديم وعن ملك حادث جديد، ألا ترى أنه يصح أن يقول هو لي؛ لأني اشتريته أو ورثته، فأما الشراء والإرث يفيد ملكًا حادثًا وبملك حادث لا يعبر عن ملك قديم، ألا ترى أنه لا يصح أن تقول ورثت ملكي ويصح أن تقول ورثت.

(المنتقى): ذكر محمد في (الكيسانيات): لو قال المدعي: ليس لي بينة على دعواي هذا الحق ثم جاء بالبينة تقبل؛ لأنه أمكن التوفيق بينهما؛ لأنه يحتمل أن تكون كانت لي بينة ولكن نسيتها.

وفي نوادر ابن شجاع قال أبو حنيفة: إذا قال المدعي ليس لي بينة على هذا الحق ثم أقام البينة على ذلك لم تقبل؛ لأنه أكدت بينته، وإن قال ليس لي عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد له لم تقبل.

وفي أدب القاضي للحسن بن زياد قال أبو حنيفة تقبل شهادته؛ لأنه يحتمل أن تكون له شهادة عنده وقد نسيها.

وفي نوادر ابن رستم: قال محمد: إذا قال لا شهادة لفلان عندي في حق بعينه ثم شهد له تقبل؛ لأنه يقول نسيت، ولو قال: لا أعلم لي حقًا لا أعلم لي حجة ثم ادعى حقًا أو جاء بحجة قبلت منه لإمكان الخفاء عليه، وإن قال ليس لي حق أو ليست لي حجة ثم تخاصم فيه لم تقبل دعواه وتقبل بينته؛ لأن في الحجة يحتمل الخفاء وفي نفي الحق لا احتمال.

ابن سماعة عن محمد: لو قال: هذه الدار ليست لي أو لعبد في يده ليس هذا لي ثم أقام البينة أنها له يقضى له؛ لأن قوله ليس هذا لي لم يثبت حقًّا لأحد وكل إقرار لا يثبت به حق لإنسان فهو ساقط، ألا ترى لو قال الزوج هذا الولد مني ونفاه وتلاعنا على نفي الولد انقطع نسبه عنه، ثم قال هو ابني يصدق كأن يقوله ليس بابني ثم يثبت نسبه من غيره فأسقط حكم نفسه، وإنما ثبوت نسبه من غيره يمنع ثبوته منه.

وذكر هشام عن محمد: رجل قال: ما لي بالري حق في دار وأرض ثم ادعى وأقام البينة في دار في يد إنسان بالري تقبل، فإن قال: ليس لي بالري في رستاق وكذا في يد فلان دار ولا أرض ولا حق ولا دعوى ثم أقام البينة أن له في يديه دار أو أرض لا تقبل إلا أن يقيم البينة أنه أخذه منه بعد الإقرار. رجل في يديه دار فقال له رجل ادفع إلي هذه الدار أسكنها أو أعطني هذه الدابة أركبها أو ناولني هذا الثوب ألبسه فأبى أن يدفعها إليه ثم ادعاها السائل أنها له صح؛ لأنه يحتمل أن يقول إنما قلت ادفع لي لأسكنها وأركبها بحكم الملك لا بحكم العارية. رجل استأجر دارًا ولم يعلم بحالها فقال: هذه دار أبيك مات وتركها ميراثًا لك، لا تقبل دعواه، وكذلك لو اشترى جارية منتقبة فلما كشفت نقابها قال المشتري: هذه جاريتي ولم أعرفها للنقاب لا تقبل دعواه وبينته، وإن اشترى متاعا في جراب مدرج أو ثوبا في لفافة، فلما أخرجه أو نشره قال هذا متاعي تقبل دعواه وبينته، والفرق أن المعهود في الدار والجارية النظر إليها قبل البيع فإقدامه على الاستئجار والشراء اعتراف بالملك لغيره ضمنا له فهذه دعوى تقدمها التكذيب من جهته فلا تقبل، فأما الثياب الملفوفة أو الموضوعة في الجراب لا توقف عليها إلا بعد فتح الجراب ونشره، والمعهود في ذلك أنه يفتح الجراب وينشر اللفاف بعد البيع فلا يمكنه معرفتها وقت المساومة حتى لو أمكنه معرفته في الثياب وقت المساومة لا تقبل بينته، وكل ما يمكن معرفته وقت المساومة لا تقبل دعواه فيه، وما لا يمكن معرفته عند المساومة تقبل دعواه، وفي (الجامع الصغير) إذا بيع متاع إنسان بين يديه وهو ينظر لا يصح؛ لأن سكوته يحتمل الرضاء والسخط.

وقال ابن أبي ليلى: سكوته إجازة منه بالبيع.

وفي (**الفتاوى لأبي الليث**): لو باع عقارًا وابنه أو امرأته حاضر يعلم به وتصرف المشتري فيه زمانا ثم ادعى الابن أنه ملكه ولم يكن ملك أبيه وقت البيع اتفق مشايخنا على أنه لا يسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند البيع وترك فيما يصنع إقرار منه أنه ملك البائع، وأن لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه الحالة كالإفصاح بالإقرار دلالة قطعًا للأطماع الفاسدة لأهل العصر في الإضرار بالناس.

باع ضيعة [ثم ادعى][(1)] أنها كانت وقفًا عليه وعلى أولاده لا تسمع دعواه للتناقض؛ لأن إقدامه على البيع إقرار منه بأنها ملكه، وإن أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك، وإن [الإقرار][(2)] على ذلك قيل: تقبل؛ لأن الشهادة على الوقف تقبل من غير الدعوى، ومتى قبلت ينقض البيع، وقيل: لا تقبل وهو أصوب وأحوط؛ لأن هاهنا بإقامة البينة على كون الضيعة موقوفة عليه، يدعي فساد البيع وحقا لنفسه فلا يسمع للتناقض.

رجل ادعى دارًا في يدي رجل أنها له، فلما جحده قال المدعي للقاضي: إن هذه داري وبينتي غيبت ولكن اسأله أن يبيعها مني، فسأله فأبى أن يبيعه فهو على دعواه؛ لأنه فسر ذلك، كمن اشترى أرضًا فيها نخل فقال الشفيع: سلم النخل والأرض إليّ وإلا ادعيت النخل أيضًا بالشفعة فهو على شفعته.

رجل ادعى على رجل أنه أخذ منه مالًا مسمًّى فأقام المدعى عليه البينة بأن المدعي أقر بأن هذا المال المسمى أخذه منه فلان وأنكره المدعي لا تبطل دعواه؛ لأن له أن يقول أخذه ذلك منه ثم رده عليه وأخذه هذا المدعى عليه فأمكنه التوفيق بينهما.

ولو شهدوا أنه أقر أن فلانًا وكيل هذا المدعى عليه أخذه منه هذا المال فهذا إكذاب لبينته؛ لأن قوله أخذه وكيله بهذا إبراء لفلان ودعوى على وكيله، ولو قال

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): أقام بينة.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): أقام بينة.

المدعى عليه: لم يكن للمدعي عليَّ شيء قط ثم أقام المدعي البينة ثم أقام المدعى عليه البينة أنه قد قضاه تقبل منه؛ لأنه لم يكن لك علي شيء قط ولكن افتديت من خصومتك، ولو قال: لم يكن بيني وبينك معاملة في شيء، فإنه لا تقبل بينته على القضاء قال أبو يوسف: لو قال لم يجر بيني وبينه معاملة ولكن أخبرني شهودي هؤلاء أنه ادعى عليَّ حقًّا ثم قال اشهدوا أني قد أبرأته ولم تجر بيني وبينه معاملة قبل ذلك منه، ولو قال المدعى عليه للمدعي: ما كانت لك علي ألف قط وقد ادعيتَ عليَّ هذا الألف أمس فدفعتها إليك فقال: ما قبضت منك شيئًا فصالحه من دعواه على خمسمائة ثم أقام المدعى عليه البينة على الدفع لم تقبل ولا ترجع عليه بشيء؛ لأن هذا إنما فدى يمينه، ولو قال المدعى عليه للمدعي: صدقت قد كانت لك عليَّ ألف لكني قد قضيتها أمس، والمسألة بحالها رجع عليه بالألف التي قضاها وكان الصلح باطلًا؛ لأن هنا لم يكن على المدعى عليه يمين فلم يكن افتداء عن اليمين.

(**الجامع**): مسائله على أربعة أوجه:

الأول: لو قال هذا العبد لفلان ثم أقام البينة أنه اشتراه منه بألف ولم يؤقته سمعت؛ لأنه أمكن التوفيق بينهما؛ لأن إقراره بالملك للبائع يؤكد شراءه؛ لأن الشراء إنما يصح من المالك فلا يصير متناقضا، وإنما تثبت المناقضة بينهما إذا اتحد وقت الشراء والإقرار، وفي إيجاده شك واحتمال لجواز أن يكون الشراء بعد الإقرار فلا تثبت المناقضة بالاحتمال.

والثاني: لو قال هو لفلان اشتريته منه أمس موصولًا وأقام بينة قبلت استحسانًا، وإن قال مفصولًا بأن قال: هو لفلان وسكت ثم قال اشتريته منه أمس لا تقبل؛ لأن قوله: هذا العبد لفلان حقيقته اختار عن قيام الملك للحال؛ لأنه مستعمل للحال حقيقة إلا أنه قد يراد به الماضي مجازا؛ لأن الشيء قد يسمى باسم الماضي كما يقال: هذا ثوب فلان باعنيه وهذا ثوب أمير خلعنيه، ويراد به أنه كان لفلان ثم انتقل اليَّ فكذا هذا، قوله: اشتريته أمس يراد به كان لفلان ثم صار لي بالشراء ودلالة إرادة المجاز هي قرينة ذكر أمس فكان هذا بيان تعبير لا بيان تقرير فيصح موصولًا لا

مفصولًا كالاستثناء، والشرط بخلاف الفصل الأول؛ لأن لفظ كان يستعمل للماضي لا للحال.

والثالث: لو قال: هو لفلان [ومكث][1] شهرًا ثم أقام بينة أنه اشتراه منه، ولو يؤقت البينة تقبل؛ لأنه أمكن التوفيق لاحتمال أن يكون كان لفلان رأس الشهر ثم اشتراه منه بعد ذلك، وإذا احتمل الشراء بعد الإقرار وقبله يحمل على الموافقة ويصان عن المناقضة.

عن محمد رجل في يده دار فأقر رجل آخر أن هذه الدار لمن هي في يده أنا بعتها منه بألف درهم موصولًا بإقراره، وأنكر صاحب اليد الشراء وقال الدار لي فأقام المقر البينة أن الدار داره تقبل بينته، ولو قال ذلك مفصولًا لا تقبل بينته على الدار له.

والرابع: لو قال هذا لفلان لا حق لي فيه أو قال كان لفلان لا حق لي فيه ثم أقام بينة بعد حين على الشراء منه لا تقبل حتى يؤقت الشهود بعده فقبلت؛ لأنه متى لم يجرد الإقرار ولم يعريه عن البراءة فقد بقي أن يكون له فيه حقًّا، فلما ادعى الشراء فقد ادعى لنفسه حقًّا، وبين النفي والإثبات مضادة ومناقضة، ولا تزول هذه المناقضة إلا إذا اختلفت الأوقات في الشراء والإقرار، فإذا أطلق الشراء احتمل الشراء بعد الإقرار فقد زالت المناقضة بالبينة العادلة وتحققت الموافقة فقبلت البينة.

ولو قال: جميع ما في يدي لفلان ثم ادعى المقر له بعد أيام عبدًا في يده أنه كان في يده يوم أقر، وأنكر المقر كونه في يده فالقول للمقر؛ لأن في كينونة هذا العبد في يده وقت الإقرار شك واحتمال لاحتمال أن ملكه بعد الإقرار فوقع الشك في قطع يده عنه واليد ثابتة له فلا تقطع بالشك؛ لأن اليد المتصرفة تصلح حجة للدفع بخلاف ما لو قال لا حق لي فيما في يد فلان ثم ادعى بعد حين عبدًا أنه غصبه منه لم تقبل بينته؛ لأن المناقضة بين الإقرار والدعوى ثابتة حقيقة فلا تزول هذه المناقضة ما لم يختلف وقت العقد والإقرار وفي ذلك احتمال؛ لأنه احتمل حدوث الغصب بعد الإقرار فلا تتناوله البراءة السابقة واحتمل البقاء فلا تزول المناقضة ولا تقطع يده بالاحتمال.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): وسكت.

(باب ما يكون إكذاباً للشهود وما لا يكون)

(المنتقى): أصله: أن جحود الشيء يفسخه ورفعه فيما يقبل الفسخ والرفع؛ لأن الجحود إخبار عن النفي والعدم فيصير مكذبًا للبينة القائمة على ثبوته.

امرأة ادعت على رجل أنه تزوجها وأنكر الرجل ذلك ثم ادعى تزويجها وأقام البينة تقبل ولا يشبه النكاح البيع في هذا حتى لو جحد البيع ثم أقام البينة عليه لا تقبل والفرق أن البيع مما يقبل الفسخ فينفسخ بجحوده السابق فيكون جحوده السابق إقرارًا بعدم البيع فيصير مكذبًا لشهوده، والنكاح لا يقبل الفسخ قصدًا فلا يكون جحوده اعترافًا بعدم النكاح فلا يصير جحوده السابق مكذبًا لشهوده، ألا ترى لو ادعى أنه تزوج هذه المرأة على ألف أو على هذا العبد وأنكرت المرأة ذلك فأقام بينة أنه تزوجها على ألفين وعلى هذين العبدين تقبل ويكون ذلك مهرًا؛ لأنه ما أكذب شهوده في المهر، ولو كان هذا في البيع لم تقبل بينته؛ لأنه قد أكذبهم، رد المشتري الجارية المبيعة بعيب فجحد البائع البيع فأقام المشتري البينة على الشراء منه وهي عوراء فأقام البائع البينة أنه قد برأ إليه من العور لم يقبل بينته على البراءة عند أبي حنيفة؛ لأن جحوده أولًا يكون إنكارًا للبراءة عن العيب فيصير مكذبًا لشهوده.

وقال أبو يوسف: تقبل لجواز أن يقول أبرأني ولم أبعه حيث طلبه فطلبت إليه البيع فأبرأني فلم يصر مكذبًا لشهوده. رجل أقام بينة على شيء في يد رجل أنه له فقضى له به ثم أقام صاحب اليد البينة على المدعي بأنه أقر عند غير القاضي أنه لا حق له فيه إن قامت هذه البينة قبل القضاء بطلت بينة المدعي وبعد القضاء لم يبطل القضاء؛ لأن القضاء وقع صحيحًا ظاهرًا ولا يبطل بإكذاب المدعي شهوده كما لو فسق الشهود أو عموا أو ارتدوا بعد القضاء، ولو قضى القاضي للمدعي بالمدعى به بنكول المدعى عليه ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان اشتراه منه قبل الخصومة يقضي له به؛ لأن نكوله لا يكون إكذابا لشهود الشراء.

(الجامع): مسائله على فصول:

فصل في اختلاف الدعوى والشهادة.

وفصل في تكذيب البينة.

وفصل في تكذيب الإقرار.

(فصل)

أصله: أن الشهادة متى خالفت الدعوى لا تقبل قبل التوفيق، فإن أمكنه التوفيق؛ لأن المخالفة بينهما ثابتة حقيقة وقع الشك في زوالها لاحتمال التوفيق وعدمه فلا يحكم بالزوال ما لم يقم دليل الزوال وهو التوفيق والتأليف. مثاله: ادعى ألف درهم وشهد الشهود بألف وخمسمائة لا تقبل ما لم يوفق المدعي فيقول كان لي عليه ألف وخمسمائة كما شهد به الشهود إلا أني استوفيت منه خمسمائة أو أبرأته عنها ولم يعلم الشهود بذلك لا تقبل؛ لأن الاختلاف متى زال بالتوفيق فقد زال التكذيب والتفسيق للشهود.

ادعى دارًا في يد رجل أنه اشتراها من فلان أو ورثها وشهوده شهدوا أنها له لا تقبل؛ لأنهم شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعي؛ لأنه ادعى ملكًا حادثًا؛ لأن الشراء سبب حادث فيكون الملك المستفاد به حادثًا والشهود شهدوا بملك قديم وهما مختلفان، فإن الملك المطلق يثبت من الأصل حتى يستحق المدعي بزوائده، ولا يرجع الباعة بعضهم على بعض والملك القديم أكثر من الحادث؛ لأن فيه إثبات الملك في الأصل والزوائد جميعًا ولا كذلك في الملك الحادث والتوفيق بين الشهادة والدعوى متعذر؛ لأن الحادث لا يتصور أن يصير قديما ولا القديم حادثًا فلا تقبل الشهادة.

ولو ادعى ملكًا مطلقًا فشهدوا بالسبب تقبل إذا ادعى المدعي أيضًا لأنهم شهدوا بأقل مما ادعاه فهذا لا يمنع قبول الشهادة.

(فصل)

أصله أن في تكذيب الحجة إبطالها؛ لأن في تكذيب الشهود تفسيقهم ومتى زعم أنهم فسقة بارتكاب الكذب والإفك صاروا فسقة وشهادة الفاسق مردودة وتكذيب المقر في إقراره لا يبطل إقراره؛ لأن الفسق لا يمنع صحته؛ لأنه ملزم عليه.

أقام البينة أنها داره فقضى له فقال المقضي له هي لفلان لا حق لي فيها وصدّقه المقر له لم يكن إكذابا للشهود حتى لا يرد الدار على المقضي عليه ولا شيء على المقر؛ لأنه أمكن الجمع والتوفيق بين إقراره والدعوى والشهادة؛ لأنها تحتمل أنها صارت ملكًا للمقر له بتمليكها إياه بعد القضاء ويحتمل أنها كانت له قبل القضاء فوقع الشك في بطلان القضاء فلا تبطل بالشك ولئن لم يكن بين القضاء والإقرار زمان يتصور ويتكون فيه التمليك ولكن يحتمل أن المقر باعها قبل الخصومة من المقر له على أنه بالخيار ثلاثة أيام حتى لم تزل عن ملكه ثم انقضت مدة الخيار بعد القضاء وصارت مملوكة للمقر له، ومتى أمكن التوفيق بين الإقرار والشهادة لم يصر مكذبًا لشهوده.

ولو أقر بذلك قبل القضاء بطلت الشهادة؛ لأنه وقع الشك في صحة الدعوى وإشهاده فبطلت فلا يجوز القضاء بالشك فلا تبطل بالشك.

ولو قال: هي لفلان ما كانت لي قط وصدقه المقر له ترد إلى المقضي عليه؛ لأنه متى لم يكن له قط لا يتصور بيعه وهبته منه بعد القضاء فكان هذا إكذابًا منه للشهود وإقرارا ببطلان القضاء والحق له فيبطل القضاء، وهذا حكم بالبطلان أو بحجة ظاهرة لا بالشك ولا شيء للمقر له على المقر؛ لأنه متى لم يكن له قط لا يصح إقراره أنها لفلان؛ لأنه لم يصادق ملكه فقد أقر لفلان بالدار ثم ادعى ما يبطله وقد صدقه المقر له في ذلك والحق له فيصح تصديقه وبطل إقراره، كمن أقر بألف لرجل ثم قال ليست علي وصدقه المقر له في النفي.

وإن كذبه المقر له في قوله ما كانت لي قط وقال: الدار كانت للمقر ولكنه وهبها لي بعد القضاء فهي للمقر له والمقر ضامن قيمتها للمقضي عليه؛ لأنه أقر بها لفلان وصح إقراره لمصادقته ملكه من حيث الظاهر وصارت ملكًا للمقر له وبقوله ما كانت لي قط رجوع عما أقر له؛ لأنه بقي ملكه فيها أبدًا والإقرار عن غير المالك لا يصح، فإذا كذبه المقر له في الرجوع لا يصح رجوعه وبقوله ما كانت لي قط أكذب شهوده وأقر ببطلان القضاء إلا أنه عجز عن ردها إلى المقضي عليه فيضمن قيمتها قيل هذا قول محمد؛ لأن غصب العقار يتحقق عنده وعندهما لا يتحقق

فينبغي أن لا يضمن، والصحيح أنه يضمن عند الكل؛ لأن العقار يضمن بالشهادة الباطلة والأقوال الكاذبة عند الكل، فإنه لو شهد شاهدان بدار لإنسان ثم رجعا ضمنا قيمة الدار للمقضي عليه، وهذا لأن الشهادة قول والعقار يضمن بالأقوال كما يضمن بالعقود؛ لأنها مؤثرة في إزالة الملك فتكون متلفة بسببها، كذلك لو بدأ بالنفي ثم بالإقرار بأن قال ما كانت ساقطة ولكنها لفلان؛ لأن المقر قصد صحة إقراره ونفاذ كلامه فيجب تصحيحه وقد أمكن تصحيحه بأن يجعل الإقرار مقدما على النفي فيجعل كأنه قال هي لفلان ما كانت ساقطة تصحيحًا لإقراره هذا إذا ذكر الإقرار موصولًا بالنفي، وإن ذكره مفصولًا عنه لا يصح؛ لأن هذا بيان تعبير لإتيان تقرير فيصح موصولًا لا مفصولًا؛ لأنه متى فصل بينهما بالسكوت لا يصدق في الإقرار؛ لأنه أقر بعدما نفى الملك على نفسه من الأصل إلا إذا قال المقر وهبها لي وسلم في غير مجلس القضاء يصح إقراره، ولو قال ذلك في مجلس القضاء لا يحكم بصحة إقراره؛ لأن القاضي علم أنه لم يجر بينهما هبة بعد القضاء هذا كله إذا أقر بعد القضاء، فإن أقر بذلك قبل القضاء لا يقضي بها للمقر له إلا أن يقول بعتها منه أو وهبتها له بعد شهادتهم موصولًا به؛ لأنه ليس هاهنا تكذيب الشهود، فإذا لم يقل هذا لا يمكن تصحيح القضاء فلا يحكم بالصحة بالشك.

(فصل)

أصله: أن تكذيب الشهود فيما شهدوا به يوجب بطلان شهادتهم كما لو شهدوا بألفين والمدعي ادعى ألفًا لا يقبل؛ لأن ذلك يوجب فسقهم وقدحهم في الكل وتكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يوجب بطلان إقراره فيما صدقه؛ لأن فسق المقر لا يقدح في صحة إقراره فيرتد إقراره بقدر التكذيب ويصح بقدر التصديق. أقر بدار في يده أنها لفلان فقال فلان: لم يكن لي قط ولكنها لفلان وصدقه فلان فهي للمقر له الثاني بخلاف البينة إذا كذب المقر له المقضي له في إقراره له برد الدار على المقضي عليه والفرق أن المقر له الأول كذبه في قوله إنها له فصدقه في قوله إنها ليست لي وتكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر له لا

يوجب بطلان إقراره فيما صدقه فنفي النفي عن المقر صحيحًا فثبت للثالث؛ لأن الثالث يدعيها ولا ينازعها أحد، وفي البينة المقضي له بإقراره أنها ما كانت لي قط ولكنها لفلان كذب شهوده في بعض ما شهدوا له وبقوله لكنها لفلان صدقه صدقهم في أنها ليست للمقضي عليه وتكذيب الشهود في بعض شهاداتهم توجب بطلان شهادتهم. دار في يد رجل أقام خارج البينة أنها داره ميراثًا عن أبيه وقضى له فأقام آخر البينة أنه اشتراها من أب المدعي في حياته وصدقه المقضي له يرد إلى المقضي عليه؛ لأن المقضي له متى أقر أن أباه باعها من مدعي الشراء حال حياته لا يتصور وارثًا من أبيه فتعذر الجمع بينهما فصار مكذبًا شهوده فيما شهدا له فانتقض القضاء.

(باب الدعوى والبينة في شيء فيدخل فيه المتصل به تبعًا وضمنًا)

أصله: أن البينة القائمة على الأصل توجب الحق للمدعي فيما هو قائم متصل به إيصالًا أُعِدَّ للتأبيد والقرار ضمنًا، واقتضاءً كالبناء والشجر مع الأرض؛ لأنه يصير تبعًا للأرض؛ لأنه أعد للتأبيد والقرار، ولهذا يدخل في البيع من غير ذكر والبيع لا يخالف الأصل في حكمه، وكلما أعد للقطع والفصل لا للبقاء والقرار كالزرع والثمر لا يكون تبعًا للأرض، ولهذا لا يدخل في البيع من غير ذكر.

قال محمد رحمه الله: لو شهدوا أن أرض هذه الدار للمدعي ولم يزيدوا عليه شيئًا يقضى بالأرض والبناء والنخل والشجر له، وكذلك لو شهدوا أن هذه الحلقة الفضة لفلان أو هذا الحفر يدخل الفص والحلقة فيه تبعًا بغير شهادة عليه. رجل أقام بينة أن هذه الدار له قضى بالأرض والبناء للمدعي ثم أقام المدعى عليه البينة على أن البناء له وأتى ببينته فالقاضي يسأل بينة المدعي عن البناء، فإن قالوا إنه للمدعي لم يقبل بينة المدعى عليه، وإن قالوا: لا ندري لمن البناء إلا أنا نشهد أن الأرض للمدعي قضى بالأرض له وبالبناء للمدعى عليه وأمر بهدمه وسلم الأرض إلى المدعي؛ لأن القاضي لم يقض بالبناء على المدعى عليه بالبينة مقصودا، وإنما

قضى عليه بالبناء تبعًا للأرض؛ لأنه دخل في القضاء ضرورة قيامه واتصاله بالأرض.

ولو أقام المدعي البينة أن الدار له وأقام آخر البينة أن البناء له قضى بالأرض لمدعي الدار وبالبناء بين المدعيين نصفين؛ لأنهما استويا في البينة على البناء؛ لأن الشهادة على الأرض شهادة على البناء ضمنًا واقتضاء، فإن أقام المدعى عليه البينة أن البناء كله له قبل القضاء أو بعده لم يقبل؛ لأنه صار مقضيًا عليه بالبناء أصلًا ومقصودًا ولو شهد شهود المدعي للدار على الأرض وقالوا لا ندري لمن البناء قضى بالأرض له وبالبناء كله لمدعي البناء خاصة، وكذلك النخل والشجر والتمر والخاتم والفص والسيف والحلية في جميع ما وصفنا. كل رجل أقر فقال إن هذه الدار أو هذه الأرض لفلان ثم أقام البينة أن البناء والنخل والشجر له لم تقبل بينته، ولو قال هذه الدار أو هذه الأرض لفلان ونباتها ونخيلها وشجرها لي ثم أقام البينة أن البناء والنخل له تقبل؛ لأن القاضي لم يقض عليه بالبناء؛ لأنه ما أقر به صريحًا ولا ضمنًا وتبعًا بل ادعاه لنفسه فلم يصر مقضيًا عليه فجاز له القضاء بخلاف الأولى؛ لأنه صار مقضيًا عليه بالبناء تبعًا؛ لأنه أقر بالبناء والنخل تبعًا للأرض، ولو شهدوا أن الدار للمدعي ثم قالوا قبل القضاء إن البناء ليس له، وإنما هو للمشهود عليه ينظر: إن قالوا ذلك في مجلس القاضي قبلت شهادتهم، وإن قالوا ذلك بعدما تفرقوا بطلت شهادتهم وضمنوا قيمة البناء للمدعى عليه لأنهم حين شهدوا على الدار فقد شهدوا على البناء فقد أثبتوا الحق في البناء للمدعي، فإذا رجعوا فقد استهلكوا ذلك البناء على المدعى عليه، وإن قالوا لا ندري لمن البناء لم يضمنوا شيئا؛ لأن ذلك ليس بإكذاب منهم بشهادتهم، وكذلك لو شهدوا بألفين ثم قالوا بمائة ألف فالقياس أن تبطل شهادتهم؛ لأن هذا إكذاب لأنفسهم.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: لو شهدا على رجل في دار في يده ثم قالا قبل القضاء إنما شهدنا على العرصة، أخرت شهادتهما ولا يكون هذا رجوعًا ولو قالا ذلك بعد القضاء ضمنا قيمة البناء للمشهود عليه؛ لأن قبل القضاء ما تلف على المشهود عليه شيء؛ لأن البناء لم يصر محكوما به للمشهود له ولا تناقض بين الشهادتين؛ لأن اسم الدار يطلق على العرصة غير المبنى كما ينطبق على المبنى

فكان البنيان واجبًا عليهما قبل القضاء، فإذا بينا فقد استدركا ما أجملا في أوانه فصح، فأما بعد القضاء صار البناء مع العرصة محكوما به وزال ملك المشهود عليه فقد حصل التلف بشهادتهما والبيان لا يسمع ولا تقبل بعد القضاء فضمنا قيمته والله أعلم.

(القسم الثاني فيمن ينتصب خصماً ومن لا ينتصب)

(باب من يكون خصماً ومن لا يكون خصماً)

(**المبسوط**): مسائله على أربعة أوجه: من يكون خصمًا في البينة وفي اليمين، ومن لا يكون خصمًا في البينة واليمين، ومن يكون خصمًا في البينة لا في اليمين، ومن يكون خصمًا في اليمين لا في البينة.

الأول: ذكر في الإجارات: لو قال المستأجر: استأجرت هذه الدابة من الكوفة إلى بغداد وقال رب الدابة إلى قصر ابن هبيرة وهي نصف طريق بغداد وأقاما البينة فالبينة بينة المستأجر وله أن يحلّف رب الدابة.

والثاني: ذكر في الوكالة لو ادعى على رجل أنك اشتريت هذا العبد من وكيلي فلان وهو غائب فأقر المشتري بالشراء أو أنكر الوكالة لم تقبل بينة المدعي أنه كان وكيله بالبيع ولا يحلفه أنه لم يكن وكيله.

والثالث: لو صالح المدعي مع المدعى عليه مع إنكاره على بعض المدعى به ليس له أن يحلفه في الباقي، ولو أقام البينة على كل المدعى به تقبل ويأخذ الباقي فكذا الوكيل بالشراء أراد أن يرد المبيع بالعيب فادعى البائع رضى الآمر بالعيب وأنكر الوكيل ليس له أن يحلف الوكيل، ولو أقام البينة على رضاء الآمر تقبل وبطل الرد.

والرابع: ذكر في (**الزيادات**): رجل اشترى عبدًا وقبضه ثم أقر أنه كان لفلان ودفع إلى المقر له ثم أقام البينة أنه كان للمقر له حتى يرجع بالثمن على البائع لم تقبل بينته، وله أن يحلف البائع بالله ما كان للمقر له.

(**المنتقى**): المستبضع خصم على المبضع حتى لو ادعى أنه باع

بأمر مولاه، وقال المشتري: قد بعته بغير أمر مولاه، فالقول للمستبضع، ويدفع العبد إلى المشتري، وكذا المشتري من الغاصب خصم عنه للغاصب حتى لو أقام البينة أنه عبد فلان باعه من الغاصب إياه يقضى له؛ لأن المشتري ينتصب خصمًا عن البائع في إثبات الملك للبائع في المبيع لاتصال بينهما في شبهة الملك وهو البيع.

وكذا المعتق في المرض خصم عن الميت؛ لأنه بمنزلة المكاتب له والمعتق في الصحة ليس بخصم عنه؛ لأنه نفذ العتق في الكل.

ولو ادعى مملوكًا ليس في يده أنه له وقال المملوك: أنا مملوك فلان الغائب وأقام العبد البينة على ذلك لا يبقى خصمًا له؛ لأنه صار مملوكًا للغائب والمملوك لا ينتصب خصمًا عن مولاه، وإن لم يقم بينة على ذلك يكون خصمًا له حتى يسمع بينة المدعي على العبد ويقضي به له، بخلاف ما لو كان العبد في يد رجل أقر بأنه مملوك لرجل آخر لا يصدق؛ لأنه لما أقر بالرق فقد أقر بسقوط يده عن نفسه وصار في يد صاحب اليد فسقط اعتبار قوله.

(**الجامع**): ادعى على رجل أنه فقأ عين عبده والعبد حي لا يسمع الدعوى والبينة إلا بحضرة العبد، وعن القاسم بن معن أنه تقبل في حق الأرش كما في الدابة.

والصحيح قولنا؛ لأن القضاء بالملك في العبد متعذر؛ لأن العبد هو خصم؛ لأنه ادعى الملك عليه وهو في يد نفسه؛ لأن لكل آدمي يدًا على نفسه يد دافعة، والأصل فيه الحرية، ولهذا كان القول قوله إنه حر الأصل والعبد غائب فليس عنه خصم حاضر وتعذر القضاء بالأرش له بدون الملك؛ لأنه لا يجوز أن يكون الأرش لإنسان والعبد لآخر، ولما تعذر القضاء بهما وبأحدهما توقف القضاء إلى أن يحضر العبد.

ولو لم يكن العبد حيا يسمع ويقضي بأرش العين؛ لأنه لا يد للميت فكان هذا بمنزلة عبد صغير لا يعبر عن نفسه فأمكن القضاء بالملك في العبد من حيث الجناية والأرش له.

ولو أقام البينة أنه فقأ عين برذون له تقبل؛ لأنه ليس للبرذون يد على نفسه ولم يعرف كونه في يد ثالثة وليس له منازع، فكان القول قول المدعي أنه له فأمكن

القضاء له، وإراءة البرذون للقاضي ليس بشرط لصحة الدعوى؛ لأنه ربما لا يمكنه إراءة البرذون وإحضاره إلا بكلفة ومؤنة ومشقة، وتلحقه مؤنة حتى لو كان حاضرًا يجب إراءته للقاضي أنه فقأ عينه أم لا؟ كما لو ادعى على رجل أنه شجه وأقام عليه بينة لا يقضي بأرش الشجة ما لم ير القاضي شجة رأسه؛ لأن تصديقه لصدق دعواه علامة ويقضي له بربع قيمته، ومن الشاة ما ينقص ومن الآدمي بنصف الديّة لما يأتي في كتاب الجنايات، فإن جاء الرجل بالبرذون مفقوء العين فقال: البرذون ملكه لم يقض له بالأرش إلا ببينة يقيمها على الملك له.

وإن المدعى عليه فقأ عينيه وهو يومئذ ملكه فحينئذ يأخذ الأرش؛ لأن ظاهر اليد على البرذون للحال يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق لاحتمال لو من في يده البرذون ملكه للحال من جهة المقضي له بعدما فقئت عينيه، فإن أقام صاحب البرذون بينة أنه له وأن الفاقئ فقأ عينيه وهو يملكه وأقام المدعى عليه البينة على أنه له وأن ذا اليد فقأ عينيه فتكون بينته أولى؛ لأنه خارج والآخر ذو اليد وبينة الخارج أولى في الملك المطلق.

(باب ما يدفع به الخصومة عن نفسه وما لا يدفع)

(المبسوط): ادعى شيئًا في يد غيره فقال ذو اليد إنه وديعة من فلان أو عارية أو إجارة أو رهن عندي أو وكلني بحفظه قال علماؤنا: لا يندفع عنه الخصومة إلا بالبينة.

وقال ابن أبي ليلى: يندفع بدون البينة.

وقال ابن سيرين: لا يندفع بالبينة أيضًا.

ولو أقام البينة يندفع عنه الخصومة عندهما.

وقال أبو يوسف: إن كان الرجل معروفا بالاحتيال لا يسمع منه البينة، وإن لم يكن معروفا بذلك يسمع.

وإن قال الشهود: إنا نعرفه بوجهه ولا نعرف اسمه ونسبه تقبل شهادتهم عند

أبي حنيفة، وعند محمد لا تقبل، فإن قالوا لا نعرف بوجهه لا يقبل ذكره في الجامع وهذه المسألة تسمى مخمسة دوارة في الكتب؛ لأن للعلماء فيها خمسة أقاويل.

الصحيح قولنا؛ لأن ذا اليد ينتصب خصمًا للخارج ظاهرًا لاعتبار كون المال في يده وتحت تصرفه ظاهرًا؛ لأن اليد المتصرفة والقدرة المحتوية على المال دلالة الملك ظاهرًا فكان مالكًا لما في يده ظاهرًا ويد الوديعة والعارية عارضة غير ساطعة، فإذا ادعاه فقد أراد دفع الخصومة عن نفسه بأمر عارض والمدعي ينكره فيكون القول له؛ لأنه متمسك متشبث بدليل ظاهر، وجه قول أبي يوسف أن المعروف بالاحتيال والافتعال يحتال بهذه الحيلة فيطلب إنسانا يغيب عن البلدة فيدفع إليه ما في يده حتى يودعه عنده بين يدي شهود، ثم يقيم البينة على الإيداع عنده فينبغي أن لا يندفع عنه الخصومة بهذه البينة حتى لا يؤدي إلى إبطال حقوق الناس.

لهما: أن ذا اليد أثبت كونه مستودعا بالبينة العادلة؛ لأنه انتصب خصمًا عن الغائب؛ لأنه ادعى حقًا على الحاضر وهو خروج سقوط حقه بسبب ادعاه على الغائب وهو إيداعه فقبلت البينة والثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة.

ولو ثبت كونه مودعًا بالمعاينة اندفعت عنه الخصومة فكذا هذا؛ لأن المودع لا يكون خصمًا فيما يدعي عليه؛ لأنه مأمور بالحفظ لا بالخصومة وتوهم الاحتيال بتلك الحيلة ساقط الاعتبار عند قيام البينة، وجه قول محمد: أن الخصومة توجهت على ذي اليد، فإن لم يحولها إلى غيره لا تندفع عنه ولم يصح تحويله لجهالة ذلك الغير فيبقى هو خصمًا، لأبي حنيفة أن ذا اليد محتاج إلى إثبات الإيداع من غير المدعي لاندفاع الخصومة عنه غير محتاج إلى تحويل الخصومة إلى غيره؛ لأن ذلك ليس عليه ومتى عرف المودع بوجهه أمكنه إثبات الإيداع من غير المدعي بالبينة العادلة؛ لأن القاضي لو عاين أنه أودعه هذا المال غير المدعي وعرف وجهه ولم يعرف اسمه ونسبه تندفع عنه الخصومة فكذا إذا ثبت عنده بالبينة العادلة بخلاف ما إذا لم يعرف وجهه؛ لأنه لم يثبت الإيداع من جهة غير المدعي لجهالته من كل وجه. أقام ذو اليد البينة أن المدعي أقر أنه لفلان فقال ذو اليد أودعني فلان ذلك فلا خصومة، وكذلك لو قال المدعي اشتريت من فلان وقد قبضته فقال ذو

اليد أودعنيه فلان فلا خصومة بينهما؛ لأنهما تصادقا أن المدعي وصل إلى ذي اليد من جهة غير المدعي وأن يده ليست بيد خصومة.

(**المنتقى**): ولو قال ذو اليد: إن فلانًا أودعنيها فقال المدعي: قد كان فلان أودعها ولكنه وهبها منك بعد ذلك أو باعها، فالقاضي يستحلف المدعى عليه ما وهبها له فلان ولا باعها منه، فإن نكل عن اليمين جعله خصمًا له؛ لأنه لو أقر به جعله خصمًا له فكذا إذا نكل.

(**الفتاوى**): رجل أقام البينة على دار في يد رجل ثم أقام المدعى عليه البينة على أن نصفها ملكي ونصفها وديعة في يدي من جهة فلان حتى نكل دعواه في هذا النصف نكل في الكل لتعذر التمييز بينهما. ادعى على آخر مائتي درهم وأنه استوفى مائة وخمسين وبقي عليه خمسون فأثبته بالبينة ثم أقام المدعى عليه البينة أنه أوفاه الخمسين لا تقبل حتى يقولا هذه الخمسين التي يدعي؛ لأن في مائة وخمسين خمسين موجودة. رجل ادعى جارية في يد رجل فقال المدعى عليه إنها كانت أمة لفلان وإنه أعتقها منذ عشر سنين وقد تزوجها وهي حرة وأثبت ذلك بالبينة يكون دفعًا؛ لأنه أثبت العتق في الأمة وهو خالص حق الله تعالى، وكل إنسان خصم في خالص حق الله تعالى سوى الحدود ويدعي للنكاح لنفسه وذلك خالص حقه وللإنسان ولاية إثبات حق نفسه. أخوان أحدهما صغير والآخر كبير وقد مات أبوهما عنهما فكبر الصغير فادعى على آخر محدودا في يده وأقاما البينة فقال المدعى عليه: إنه اشترى هذا المحدود من هذا الكبير ووصي هذا الصغير حين كان صغيرا فأنكر ذلك وأنكر الوصي الوصاية وأقام البينة على إقراره أنه كان وصيًّا له باع بحكم الوصاية، لا تقبل حتى يقول الشهود إنه كان وصيا من جهة أبيه أو أمه وأنه باع ذلك عند الحاجة إليه بثمن مثله، ولا فائدة في إثبات إقراره بذلك.

(**الجامع**): مسائله على ثلاثة فصول:

فصل في الدعوى فيما إذا كانت العين قائمة في يد ذي اليد.

وفصل فيما إذا كانت هالكة.

وفصل فيما إذا كانت زائدة أو ناقصة.

(فصل)

مسائله على أربعة أوجه: إما أن ادعى ملكًا مرسلًا ولم يدع معه فعلًا، أو ادعى ملكًا مرسلًا وفعلًا لا يخلو ذلك إما أن يسمى فاعله أو لم يسم فاعله، ومتى سمي فاعله فلا يخلو إما أن ادعى الفعل على ذي اليد أو على غيره، فإن ادعى ملكًا مرسلًا ولم يدع معه فعلًا بأن ادعى دارًا في يد رجل أقام البينة على أنها ملكه وأقام ذو اليد البينة أن فلانًا أسكنها إياه وسلمها إليه تقبل؛ لأن الإسكان والإعارة سواء فصار كأنه أثبت العارية بالبينة العادلة.

وكذلك لو قالوا: أسكنها والدار يومئذ في يد المدعى عليه أو قالوا أسكنها والآن في يد هذا ولم يشهدوا بالتسليم؛ لأن الشهادة بالإسكان والدار في يد الساكن يوم الإسكان شهادة بالتسليم إليه، وكذلك شهدوا بالإسكان، والقبض ثابت معاينة للساكن فيحال على الإسكان بحكم الدلالة؛ لأن القبض إذا ظهر عقيب عقد معاملة يضاف إليه ما لم يظهر سبب آخر كما لو شهدوا بالهبة والدار في يد المدعي يقضي بالهبة؛ لأن القبض ثابت له معاينة فيحال على الهبة، وإن قالوا كانت في يد ثالث يومئذ لا تندفع عنه الخصومة؛ لأن الإسكان لهما يصح بالقبض من جهة المسكن كالعارية والهبة ولم يثبت القبض من جهة المسكن بالشهادة ولا بالمعاينة؛ لأن القبض المغاير ثابت من جهة غير المسكن لا من جهته فصار كما لو شهدوا أنه أسكنها فلانًا، إلّا أنه سلمها إليه رجل آخر فكانت هذه شهادة بإسكان باطل ولا يدفع الخصومة عنه، والثاني: إن ادعى ملكًا وفعلًا وسمى فاعله بأن قال: الدار داري كان غصبها أو أخذها مني فلان وقال ذو اليد إنها لفلان أودعنيها أو غصبتها منه ونحوه لا تندفع عنه الخصومة كما لو ادعى ملكًا مرسلًا ولم يدَّع معه فعلًا.

وإن ادعى الفعل على ذي اليد بأن قال غصبها مني ذو اليد أو أجرها أو رهنها منه وادعى ذو اليد أنها وديعة أو عارية من جهة فلان وأقام البينة على ذلك لا تندفع الخصومة عنه؛ لأن ذا اليد انتصب خصمًا بدعوى الفعل عليه لا بظاهر يده، فإن حضر المقر له وأقام البينة على ذلك قبلت بينته؛ لأن الغائب لم يصر مقضيًا عليه ولا مدعيًا يلقي الملك من جهته، وإن أقام البينة أنه اشتراها من ذي اليد ونقد الثمن

وقبضها وأقام ذو اليد البينة على الوصول إليه من جهة أخرى تندفع الخصومة، ولو لم يدع القبض لا تندفع؛ لأن دعوى الشراء تنتهي بالقبض، ولو لم يدع القبض بقي التسليم مستحقًّا على البائع فصار مدعيًا على ذي اليد فعلًا فانتصب خصمًا بدعوى الفعل.

وكذلك لو أقر المدعى عليه بالبيع من المدعي والتسليم إليه ثم أقام البينة أن فلانًا أودعه تندفع الخصومة؛ لأن الثابت بتصادقهما بالمعاينة كالثابت بالبينة العادلة.

ولو ثبت الشراء والقبض من المدعي بالبينة العادلة ثم ثبتت الوديعة من ذي اليد بالبينة الكاشفة تندفع عنه الخصومة؛ لأنه غير مناقض في دعوى الإيداع لاحتمال أنه باع المدعى من غيره، ثم المشتري أودع ذا اليد فقبلت بينته على الإيداع إلا أن يعلم القاضي أن الغائب غصبها فسلم إليه؛ لأنه علم أن يد ذي اليد مبطلة وكان عليه بعضها، بخلاف ما لو علم القاضي أن الغائب أودعها لم يأخذها من يده حتى يحضر الغائب؛ لأنه لم يعلم بكون ذي اليد مبطلة لجواز أن يكون المدعي باع من الغائب أو أجرها منه والغائب أودعه إياه ولا ينقضها بالشك، وذكر أن في دعوى الصدقة من ذي اليد لا تندفع الخصومة ببينة الوديعة، والثالث: إن ادعى فعلًا ولم يسم فاعله بأن قال المدعي غصب أو أخذ مني، فإنه تندفع عنه الخصومة.

وإن قال: سرق مني والمسألة بحالها لم تندفع عندهما خلافًا لمحمد وزفر.

لهما: أنه ادعى الفعل على المجهول والدعوى على المجهول باطلة، وإذا لغت دعوى الفعل بقي مدعيًا ملكًا مطلقًا فتندفع عنه الخصومة.

لنا: أن في السرقة بغير كون ذي اليد سابقًا ظاهرًا؛ لأنا متى عينا ذا اليد سارقًا سقط القطع أصلًا؛ لأنه يبقى خصمًا للمدعي فيقضى له بالمسروق فيصل المسروق إلى المدعي فمتى عرف السارق بعد ذلك لا تقطع يده ومتى لم يعينه تقطع يده؛ لأنه لم يصل المسروق إلى المدعي والحدود يحتال لدرئها ما أمكن فعيَّنًا كون ذي اليد سارقًا احتيالًا لدرء الحد إلا أن المدعي لم يعينه نصًّا انتدابًا إلى ما ندبه الشرع وهو الستر والكتم والميل إلى الدرء والهدم بخلاف الغصب؛ لأنا متى عينا كون ذي اليد غاصبًا أو لم يعينه لا يصير سببًا لوجوب الحد.

ولو أقر المدعي أن العين وصلت إلى يده من جهة الغائب بالإيداع فلا رواية فيه عن أصحابنا، وقال مشايخنا: بأنه تندفع الخصومة عنه؛ لأن الثابت بتصادقهما كالثابت بالبينة، ولو أقام البينة على ذي اليد أنها داره اشتراها من عبد الله ونقده الثمن، وقال ذو اليد: أودعنيها عبد الله فلا خصومة بينهما؛ لأن الوصول إليه من جهة عبد الله تثبت تصادقهما بإقرار ذي اليد يصار بإقرار المدعي ضرورة ظاهرة؛ لأن الشراء منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده والآن يراها في يد ذي اليد فالظاهر أنه وصل إلى يده من جهة عبد الله، فإن قال ذو اليد أودعنيها عمرو وكيل عبد الله بأمر عبد الله لم تندفع الخصومة إلا ببينة؛ لأن وصول الدار إلى ذي اليد لم تثبت من جهة عبد الله لإنكار ذي اليد ولا من جهة عمرو لإنكار المدعي، وكذلك لو أقام البينة أن عبد الله دفعها إلى عمرو ولم يعلموا أن عمرًا دفعها إلى ذي اليد لم تندفع الخصومة؛ لأن الدافع للخصومة دفع عمرو الدار إلى ذي اليد لا دفع عبد الله إلى عمرو ولم يثبت دفعه إلى ذي اليد، ولذي اليد أن يحلِّف المدعي ما يعلم أن عمروًا دفعها إليه، فإن حلف فهو خصم وإن نكل فلا خصومة بينهما حتى يحضر عمرو.

(فصل)

أصله: أن من ادعى دينًا على إنسان بسبب تلف عين تلفت تويت في يده لا تندفع الخصومة عن المدعى عليه بإقامة البينة أن العين كانت لغيره؛ لأن الدين إنما يجب في الذمة فينتصب المدعى عليه خصمًا للمدعي لقيام ذمته لا لقيام يده على العين وذمته قائمة لا يمكن فعلها لغيره فيبقى خصمًا له بخلاف ما لو كانت العين قائمة في يده، فإنه تندفع الخصومة عنه بإقامة البينة أنها كانت لغيره؛ لأنه إنما انتصب خصمًا بظاهر يده وقد أمكنه جعل يده لغيره بالاستنابة، فإذا أثبتها بالبينة لغيره اندفعت عنه الخصومة.

ثم المسائل على وجهين: أحدهما في الهلاك والآخر في القتل.

أما الأول: عبد مات في يد رجل فأقام آخر البينة أنه عبده وأقام ذو اليد البينة أنه

كان لفلان في يده لم تقبل وعليه قيمته؛ لأنه ادعى عليه دينًا في ذمته بسبب تلف عين كانت في يده، فإنه ادعى أنه كان غاصبًا للعبد أو مودع الغاصب وقد هلك العبد عنده فصار ضامنًا قيمته وصارت قيمته دينًا في ذمته فلا تندفع عنه الخصومة بإقامة البينة أنه كان لغيره، فإن صدق الغائب المدعى عليه يرجع بما ضمن في الوديعة والإجارة عائدة إليه والمرتهن عامل للراهن، فإنه يسقط دينه بهلاك المرهون وكانت منفعة الرهن عائدة إلى الراهن والمستأجر عامل لنفسه من وجهٍ والآخر من وجهٍ؛ لأن منفعة قبض عائدة إليهما إلا أن ما للآجر عين وما للمستأجر منفعة والعين خير من المنفعة لأنها تبقى والمنفعة تفنى كما وجدت وتلاشت فترجحت منفعة الآخر على المستأجر فكان عاملًا للآخر، ومن عمل لغيره ولحقه ضمان فيه كان قرار الضمان على المعمول له؛ لأنه هو الذي أوقعه فيه، فأما الغاصب والمستعير عامل لنفسه؛ لأن منفعة قبضهما عائدة إليهما وكان قرار الضمان عليهما، ولو أبق العبد والمسألة بحالها لا تندفع أيضًا؛ لأن الإباق بمنزلة الهلاك لكونه معجوز الانتفاع به كالهلاك. والثاني: أمة في يد رجل قتلها عبد رجل خطأ فأقام ذو اليد البينة أنها كانت وديعة فلان عنده فقال لمولى العبد أقده أو ادفع، فإن دفع فأقام رجل البينة أن الجارية كانت له وأقام ذو اليد البينة على ما ادعى فلا خصومة بينهما إن أراد أحد العبد وإن أراد القيمة قضى بها له؛ لأن العبد قام مقام الجارية لحمًا ودمًا فكأنها قائمة بعينها جسمًا.

ولو كانت الجارية قائمة في يده بعينها لم يبق له خصمًا فكذلك بدلها، فأما القيمة وجبت دينًا في ذمته بسبب عين تالفة في يده فلا تندفع الخصومة، فإذا قضى عليه بالقيمة ثم حضر الغائب فصدقه كان حكم الرجوع كما مر، وإذا رجع صار العبد للمرجوع عليه، وفي موضعٍ لا يرجع بكون العبد له بضمانه لما عرف، وإن لم يقتلها ولكن قطع يدها فدفع به ثم حضر المدعي والمسألة بحالها فلا خصومة بينهما لا في الرقبة ولا في الأرش؛ لأن العبد بدل اليد وكان كالأرش قائما مقامه.

ولو ذهب عين العبد في يدي ذي اليد ثم أقام مدعي العبد البينة أنه عبده فطلب الأرش وأخذ الجارية والمسألة بحالها فلا خصومة، ولا يقضي عليه بشيء؛ لأنه

تعذر القضاء بالعبد للمدعي؛ لأن بينة ذي اليد أثبتت الإيداع في العبد وأنه قائم في يده فثبت الإيداع والمودع لا ينتصب خصمًا فيما يستحق على المودع، وإنما ينتصب خصمًا فيما يستحق له، فإذا تعذر القضاء بالعبد تعذر القضاء بالأرش؛ لأن بدل الطرف لا يملك إلا بملك الأصل ولا يشبه هذا موت العبد في يد المستودع؛ لأن الإيداع في حق العبد لم يثبت لهلاكه وذهابه فأمكن القضاء بملك العبد للمدعي قبل الموت وبالقيمة بدلًا عنه.

ولو كانت جارية فولدت ثم ماتت فأقام المدعي البينة أنها جاريته ولدت في ملكه وأقام ذو اليد البينة على الوديعة قبل الولادة، فإنه يقضي للمدعي بقيمة الجارية ولا يقضي في الولد بشيء حتى يحضر الغائب؛ لأنه أمكن القضاء بملك الجارية للمدعي بدون الولد؛ لأنه يجوز أن تكون الجارية ملكًا لإنسان والولد لآخر، كما إذا أوصى بما في بطن جاريته لإنسان تكون الجارية لإنسان والولد للموصى له فأما لا يجوز أن يكون الطرف لإنسان والأرش لآخر فكان من ضرورة تعذر القضاء بملك العبد تعذر القضاء بالأرش.

(فصل)

عبد أقام البينة على ذي اليد أنه أعتقه وهو يملكه فأقام ذو اليد البينة أنه وصل إليه من جهة فلان آخر وقضى القاضي بالعتق ثم جاء المقر له لم تقبل بينته أنه عبده؛ لأنه صار مقضيًا عليه بالعتق؛ لأن القضاء بالعتق على ذي اليد قضاء بالعتق على الناس كافة؛ لأن في العتق حق لله تعالى؛ لأن حقوق الله تعالى مما تزداد بالعتق من إقامة الجُمَع والأعياد والزكوات والحدود والعقوبات، ولهذا لم يجز استرقاق الحر برضاه لما في استرقاقه إبطال حقوق الله تعالى فانتصب كل واحد من المسلمين خصمًا في إثبات حقوقه من حيث إن الكل عبيده خلفاء على وجه الأرض عنه فصار دعوى العتق على ذي اليد كالدعوى على كافة الناس فصار كلهم مقضيًا عليهم، والملك في العبد حق المولى إلا أن في مراعاة حق الله تعالى في العتق مراعاة لحق العبد وهو صيرورته أهلًا للتمليك والشهادة والولاية فكان مراعاة حق الله تعالى واعتباره أولى.

ولو أن العبد أقام البينة أن فلانًا أعتقه وأقام صاحب اليد بينة أن فلانًا ذلك أودعه تقبل بينته وتبطل بينة العبد؛ لأن بينة العتق قامت على الغائب وليس عنه خصم حاضر لأنها قامت على المودع والمودع ليس بخصم عن المودع فيما يستحق عليه ولا يحال بينه وبين العبد قياسًا؛ لأن الحيلولة من حكم العتق والعتق لم يثبت بهذه البينة فلا يجب الحيلولة ويحال بينهما استحسانًا؛ لأن في العتق حق الله تعالى وحق العبد فقبلنا بينة العتق في حق الحيلولة وقصر يده عنه مراعاة لحق الله تعالى؛ لأنه مما يحتاط فيه حتى لا يستعمله ذو اليد كرهًا وقهرًا بإعارة وإجارة ورهنًا، ولم يقض بالعتق حتى يحضر الغائب لما فيه من حقوق العبد مراعاة للحقين وتوقيرا على الأمرين لحفظهما بقدر الإمكان كما لو قامت المرأة شاهدًا واحدًا على الطلاق الثلاث ويوجد من العبد كفيل بنفسه استئنافًا حتى لا يهرب، فإذا حضر الغائب، فإن أعاد العبد البينة عليه عتق وإلا فهو عبد ورق؛ لأن البينة الأولى قامت على غير خصم فعطلت، فإن ادعى العبد حرية الأصل فالقول له بلا بينة؛ لأنه أنكر ثبوت اليد على نفسه بحكم الفطرة؛ لأن الناس كلهم خلقت وفطرت نفسهم وأصولهم على الحرية لأنهم أولاد آدم وحواء والرق أمر عارض بالكفر. اعترض على البينة فكان العبد متمسكًا بالأصل وذو اليد يدعي أمرًا عارضا فكان القول قول من تمسك بالأصل، فإن أقام ذو اليد البينة أنه أودعه فلان وهو يملكه قبلت؛ لأنه لا عبرة للظاهر متى جاءت بضده البينة؛ لأنه متى زالت يد ذي اليد عن العبد فلا تهنأ له إعادة اليد الحافظة الراقبة إلا بعد إثبات الملك فيه للغائب بالنيابة فانتصب المودع خصمًا عن الغائب في إثبات الملك؛ لأنه مأمور بالحفظ والمأمور بالشيء مأمور بما لا يتم ذلك الشيء إلا به، فالبينة القائمة عليه كالقائمة من الغائب، فإن أقام العبد البينة أيضًا أنه حر الأصل قبلت بينة ذو اليد ومنع العبد منه؛ لأن بينة العبد قامت على غير خصم وبينة ذي اليد قامت على خصم واستوثق من العبد بكفيل، فإن حضر الغائب قيل للعبد: أعد بينتك عليه، فإن أعادها قضي بعتقه وإلا فهو عبد، ولا يحتاج الغائب إلى إعادة البينة؛ لأن المودع انتصب خصمًا عن المودع في إثبات

الملك فكأنه أقام المودع البينة بنفسه ولو كان كذلك لا يكلف بإعادة البينة فكذا هذا.

(باب إقرار ذي اليد وغيره بالمدعى به للغائب قبل إقامة المدعي البينة أو بعده)

(الجامع): مسائله على فصول:

فصل في إقرار ذي اليد به.

وفصل في بيعه.

وفصل في الإرث.

(فصل)

أقام خارج البينة على شراء العبد من ذي اليد ثم أقر ذو اليد بالعبد لغيره، فهذا لا يخلو إما أن أقر بعد إقامة المدعي البينة أو بعدما أقام شاهدًا واحدًا قبل إقامة البينة، فإن أقر بالعبد الغائب بعد إقامة المدعي البينة لم يقض له حتى حضر الغائب بدفع العبد إليه ويقضي عليه بالبينة من غير تكليف المدعي إعادة البينة وهذا كبينة قامت على الموكل يقضي بها على الوكيل، وكذلك على عكسه؛ لأن بينة المدعي صحت على ذي اليد من حيث الظاهر وإقرار ذي اليد ببطلانها لم تصح في حق المدعي لئلا يتضرر به، فإنه يحتاج إلى إعادة البينة وربما لا يمكنه إعادة البينة وصح إقراره بالملك للغائب والخصومة له فصار المقر له في حق المدعي بمنزلة الوكيل بالخصومة من جهة ذي اليد، ولو وكل ذو اليد رجلًا بالخصومة مع المدعي قبل القضاء له بالعبد لا يكلف المدعي إعادة البينة فكذا هذا.

وإن أقام المقر له البينة أنه عبده قبل القضاء للمدعي أو بعده تقبل وتبطل بينة المدعي لا بينته تقبل لإبطال بينة المدعي لا لإثبات الملك له مقصودًا؛ لأن الملك واليد للمقر له في زعم المقر ولهذه البينة تبين أن بينة الخارج قامت على غير خصم وذلك يقبل كما لو أقام البينة أن بينة الخارج كفار أو عبيد، فإذا ثبتت بينته أن بينة الخارج قامت على غير خصم بطلت بينة الخارج، فإن أعاد المدعي البينة على

الغائب قبل القضاء ببينة الغائب يقضى له؛ لأنه لم يصر المدعى مقضيًا من جهة المقر له فتقبل بينته ليصير المقر له مقضيًا عليه بهذه البينة، وإن لم يكن المدعي محتاجًا إلى إعادة البينة لإثبات الملك؛ لأن البينة التي أقامها على ذي اليد كافية لثبوت الملك له، ولكن إنما تقبل ليصير له مقضيًا عليه فلا تقبل بينته بعد ذلك على المدعي.

وإن أقام بعد القضاء ببينة الغائب للغائب لا تقبل؛ لأن المدعي صار مقضيًا عليه من جهة المقر له، وأما إذا أقر المدعى عليه للغائب بعدما أقام المدعي شاهدًا واحدًا ثم حضر المقر له دفع إليه العبد ويقال للمدعي أقم شاهدًا آخر، فإن أقام شاهدًا آخر يقضى له به ويكون قضاء على المقر؛ لأنه يصير المقر له في حق المدعي كالوكيل بالخصومة لما بينا.

ولو أقام المدعي شاهدًا واحدًا على ذي اليد ثم وكل ذو اليد المقر له بالخصومة وأقام المدعي شاهدًا آخر على الوكيل تقبل ويقضى للمدعي على ذي اليد فكذا هذا.

وإن بقي حتى أقام المقر له بينة أنه عبده أودعه لا يقضى للمدعي إلا أن يقيم شاهدًا آخر ويعيد الأول شهادته ليقضي له على المقر ولا يقضي ببينة المقر له بعد؛ لأنه ظهر ببينة المقر له أن بينة المدعي قامت على غير خصم فكانت باطلة فلا بد من إقامة نائبا ليستحق العبد، فإذا أقام البينة ثانيا صار المقر له مقضيًا عليه فلا تقبل بينته بعد ذلك، فإن أقام المدعي البينة أنه عبده فيقضي له ثم أقام ذو اليد البينة أنه عبد فلان أودعه لا يسمع؛ لأنه صار مقضيًا عليه ببينة المدعي، ولهذا لو أقام المقر البينة على الملك لنفسه بعد القضاء للمدعي لا تقبل بينته.

وأما إذا أقر ذو اليد للغائب قبل إقامة المدعي البينة ثم حضر المقر له وصدقه فأقام المدعي البينة على المقر له يقضى له به ويكون قضاء على المقر له حتى لا تقبل بينته من بعد؛ لأنه صح إقراره في حق المدعي؛ لأنه ليس في تصحيحه إبطال حق على المدعي وهو إبطال بينته فكان الخصم هو المقر له.

(فصل)

رجلان أقاما البينة على عبد في يد رجل كل واحد يدعي أنه أودعه فأقر

لأحدهما فلا يخلو إما أن أقر بعد إقامتهما البينة أو قبل إقامتهما البينة أو بعدما أقام كل واحد شاهدًا واحدًا أو بعدما أقام أحدهما شاهدين، فإن أقر لأحدهما بعد إقامتهما البينة قبل القضاء لهما دفع إلى المقر له؛ لأن إقراره بالملك لأحدهما صحيح لمصادقته ملكه من حيث الظاهر، ولم يصح إقراره في حق بطلان بينة الآخر لما بينا، ولا ضرر لأحدهما في دفع العبد إلى المقر له فيدفع إليه، فإن عدلت البينتان فهو بينهما، ولا تبطل بينة المقر له؛ لأنه متى ظهر أن الشهود كانوا عدولا ثبت الاستحقاق لهما من وقت أداء الشهادة وقد تساويا في الحجة فيقضى لهما، فظهر أن إقرار المقر وتصديق المقر له كان باطلًا؛ لأنه ظهر أنه أقر ولم يكن مالكًا وقت الإقرار؛ لأن إقراره كان بعد أداء الشهادة.

وإن أقر لأحدهما ثم أقاما البينة يقضى لغير المقر له؛ لأن بالبينة لم يظهر أن الاستحقاق لهما كان ثابتًا وقت الإقرار؛ لأن الاستحقاق يقتصر على حال أداء الشهادة ولا يستند إلى ما قبله فلا يظهر أن إقراره صدر منه وهو على غير ملكه يومئذ فلا يظهر بطلان إقراره فصار المقر له ذو اليد وصاحبه خارج فكانت بينة الخارج أولى في الملك المطلق.

وإن أقام كل واحد شاهدًا واحدًا ثم أقر لأحدهما دفع إليه وقيل للآخر أقم شاهدًا آخر، فإن أقام يقضى له؛ لأن المقر له انتصب خصمًا؛ لأن الملك واليد له وخرج ذو اليد من أن يكون خصمًا له لانقطاع ملكه وافتقاد يده بإقراره لأحدهما فصار المقر له ذو اليد وصاحبه خارج، فإن لم يقض حتى جاء المقر له بشاهد آخر قضى بينهما؛ لأن إقرار ذي اليد لا يبطل شهادة المقر له فبقيت شهادة شاهده الأول صحيحة، فإذا انضاف إليه شاهد آخر تكاملت الحجة فقد استويا في الحجة فاستويا في الاستحقاق، فإن لم يقض حتى أعاد الخارج شاهده الأول أو أقام شاهدين مستقبلين قضى بكله له.

وإن أقام المقر له شاهده الأول وشاهدًا آخر على الخارج قبل أن يقضى للخارج أو بعده لا يسمع منه؛ لأنه صار مقضيًا عليه ببينة الخارج، ولو قال غير المقر له مات شاهدي الأول أو غاب قيل له هات بآخر ويقضى لك بالعبد؛ لأن

الموت والغيبة لا يبطلان الشهادة الماضية المؤداة المعدلة فيحتاج إلى إقامة شاهد آخر لتتكامل الحجة إلا أن يقيم المقر له شاهدًا آخر أو شاهدين مستقبلين قضى بكله له. والفرق أن للخارج حق استئناف الخصومة مع المقر له حتى يستحق العبد على المقر له بالكلية؛ لأن المدعى به في يد المقر له، والمقر له يزعم أنه له وإبراء ذي اليد عن الخصومة، وإذا برئ ذو اليد عن الخصومة صار المقر له ذو اليد حقيقة وحكمًا وبقي صاحبه خارجًا فتكون بينة الخارج أَوْلَى، فأما ليس للمقر له حق استئناف الخصومة مع الخارج للاستحقاق عليه؛ لأن ما يدعيه المقر له في يده لا في يد المدعي فلا يمكنه استئناف الخصومة معه فهي على الخصومة الأولى، فهما خارجان في الخصومة الأولى فيقضى بينهما، وفي رواية أو يقيم شاهدين مستقبلين فيكون العبد كله له كما في غير المقر له، فإن لم يقر ذو اليد لأحدهما حتى قضى به بينهما ثم أقام أحدهما البينة أن العبد له لا يسمع؛ لأن كل واحد منهما صار مقضيًّا عليه في نصف العبد الذي صار لصاحبه؛ لأن كل واحد أقام البينة على الملك في جميع العبد والبينة العادلة توجب حقيقة الملك إذا اتصل بها القضاء فقبل القضاء أوجب حق الملك فيستحق على كل واحد منهما ذلك الحق بالقضاء فصار مقضيًّا في النصف الذي قضى لصاحبه ودعوى المقضي عليه وبينته لا تسمع، فإن لم ترد بينة أحدهما أو لم تتم حتى قضى لِلآخر ثم أعاد الآخر البينة العادلة على أن العبد له قضي له على المقضي له؛ لأن من لم تقم له البينة لم يصر مقضيًّا عليه؛ لأنه لا ملك ولا حق في العبد المقضي به فتسمع بينته، فأما إذا أقام أحدهما البينة ولم يقم الآخر وأقر ذو اليد لغير المقيم يدفع إليه ويقضي ببينة غير المقر له من غير أن يكلف إعادتها ويكون قضاء على المقر دون المقر له؛ لأن البينة قامت على المقر والخصومة توجهت عليه ولم يكن المقر له وكيلًا عنه بالخصومة فلم ينتصب خصمًا عنه فلا يكون مقضيًّا عليه حتى لو أقام المقر له البينة أنه عبده أودعه ذو اليد يقضى له، وإن لم يقض له حتى أعاد غير المقر له شهوده بطلت بينة المقر له ويقضى بالعبد للآخر؛ لأنه لم يصر مقضيًّا عليه ببينة المقر له فمتى أعادها فقد نفذ إقرار ذي اليد؛ لأنه إنما لم ينفذ إقراره لئلا تبطل بينة المدعي فلا يلزمه إعادة البينة

نائبا، فإذا رضي بالإعادة والحق له برئ ذو اليد عن خصومته وخرج من أن يكون خصمًا له فينفذ إقراره فصار الملك واليد للمقر له حقيقةً وحكمًا فكانت بينة الخارج أولى.

(فصل)

ادعى عبدًا في يد رجل وأنكره فباعه ذو اليد وسلم ثم قبله وديعة فهو على ثلاثة أوجه: إما أن علم القاضي بما صنع ذو اليد، أو لم يعلم ولكن أقر به المدعي، أو لم يعلم القاضي ولم يقر به المدعي.

فإن علم القاضي بذلك أو صدقه المدعي فيه تندفع عنه الخصومة بخلاف ما إذا أقر ذو اليد بالعبد للغائب أنه أودعه إياه لا يندفع، والفرق أن الإقرار إخبار يحتمل الصدق والكذب فيجعل كذبًا في حق المدعي لئلا يبطل حقه في الخصومة مع ذي اليد، فأما البيع إنشاء تصرف وإيجاده لا يحتمل الصدق والكذب وقد صادف ملكه من حيث الظاهر فينفذ زوال ملكه ظاهرًا، فإذا علم القاضي بزوال ملكه أو صدقه المدعي فيه لم يبق خصمًا له؛ لأن إقراره حجة عليه لانتفاء التهمة.

وإن لم يعلم القاضي ببيعه ولم يقر به المدعي وأقام ذو اليد البينة عليه لا تقبل ولم تندفع عنه الخصومة؛ لأنها قامت على غير خصم؛ لأن المدعي لم ينتصب خصمًا في إنكار البيع؛ لأن حكم إنكاره لا يخصه وهو بطلان حقه في الخصومة مع ذي اليد بل يتعدى إلى غيره وهو الغائب؛ لأنه متى ثبت بيعه من الغائب يثبت على الغائب حقوق البيع وأحكامه فلم يكن المدعي مختصًا بحكم إنكاره كإنكار أجنبي آخر، ومتى فقد الإنكار في الاعتبار فهذه بينة قامت على الغائب وليس عنه خصم حاضر فلا تقبل، فإن قضى للمدعي ثم جاء المشتري وأقام البينة على الشراء لم تقبل؛ لأن المشتري يدعي تلقي الملك من جهة المقضي عليه فيصير هو مقضيًا عليه أيضًا ضرورة؛ لأن القضاء بالملك على ذي اليد يكون قضاء بالملك على من يدعي تلقي الملك من جهته، والبينة لا تسمع من المقضي عليه.

وكذلك لو ترك الأول الدعوى وادعاه رجل آخر وأقام ذو اليد البينة على البيع والتسليم وبالقبول وديعة لم تندفع الخصومة.

ولو ادعى عبدًا في يدي رجل فقال بعته من فلان ولم يقبضه فأقام البينة عليه لا تقبل كما لو أقام البينة على البيع والقبض والإيداع؛ لأنه في الحالين يثبت تبعًا على الغائب وليس عنه خصم حاضر منكر كما بينا.

(فصل)

رجلان ادعى كل واحد على ذي اليد أنها داره ورثها عن أبيه والمدعى عليه عم أحدهما فمات ذو اليد وورثه ابن الأخ فأقاما البينة حال حياته وزكيت البينتان بعد موته قضي بينهما؛ لأن المعروف كالمشروط بالتزكية ظهر أن بينته كانت عادلة وظهر أن التركة كانت مشغولة؛ لأنه ثبت له بإقامة البينة العادلة حق ملك في الدار وكون التركة مشغولة بحق الأجنبي تمنع الإرث كما لو كانت مشغولة بالدين المستغرق أو الوصية فبقيت على حكم ملك الميت ولم تصر موروثة لابن العم خارجا.

وإن ادعيا حال حياة العم وأقاما البينة بعد وفاته يقضى للأجنبي؛ لأنه حين مات العم لم تكن الدار مشغولة بحق الأجنبي؛ لأن مجرد الدعوى بدون البينة لا يوجب حقًّا له، ولهذا جاز إقرار المدعى عليه لغيره في هذه الحالة وينفذ بيعه وسائر تصرفاته فورثها ابن الأخ وصار ذو اليد، فإن أقام الأجنبي البينة بعده على أن الكل له ورثها لا تقبل؛ لأن كل واحد منهما صار مقضيًا عليه في نصف صاحبه؛ لأن كل واحد أقام البينة أن كل الدار له وبينة المقضي عليه فيما صار مقضيًا عليه لا تقبل إلا أن يدعي تلقي الملك من جهته، فإن زكيت بينة الأجنبي بعد موت العم دون بينة ابن الأخ قضي بالدار له؛ لأن حق الأجنبي قد ظهر وحق ابن الأخ عسى يظهر وعسى لا يظهر فلا يؤخر حق ظاهر بحق عسى يظهر أو يبيد، فإن زكيت بينة ابن الأخ بعده لا يقضى له؛ لأن القضاء بالدار للأجنبي يضمن إبطال بينة ابن الأخ وردها والبينة المردودة في قضية لا يجوز القضاء بها في تلك القضية، فإن أعاد ابن الأخ البينة يقضى له؛ لأن ابن الأخ لم يصر مقضيًا عليه ببينة الأجنبي لأنها ما قامت عليه، وإنما تطلب بينته ضرورة القضاء بالدار للأجنبي وما صارت مردودة بتهمة الفسق وقد زالت تلك الضرورة متى أعاد البينة على الأجنبي والبينة عادلة فتكون

مقبولة؛ ولأن بينة ابن الأخ قامت على الأجنبي لا على العم فتكون هذه قضية أخرى مستأنفة على الأجنبي لا على العم فتقبل، ولا تقبل بينة الأجنبي بعده؛ لأنه صار مقضيًا عليه ببينة ابن الأخ، فإن زكيت بينة ابن الأخ دون بينة الأجنبي وهو بمنزلة الأجنبي فيما ذكرنا.

وإن أقام الأجنبي البينة حال حياة العم وأقام ابن الأخ بعد موته يقضى بينهما، وإن أقام ابن الأخ حال حياة العم والأجنبي بعد موته يقضى للأجنبي وتبطل بينة ابن الأخ والفرق أن في الأول العم مات والدار مشغولة بحق الأجنبي لما بينا فمنع الإرث فلم يصر ابن الأخ ذو اليد، وفي الثاني مات العم والدار غير مشغولة بحق الأجنبي فصارت موروثة لابن الأخ فصار ذو اليد، فإن أقام ابن الأخ بينة بعده لا تقبل؛ لأنه صار مقضيًا عليه ببينة الأجنبي.

ولو أقام كل واحد شاهدًا واحدًا ثم مات العم فأقام كل واحد شاهدًا آخر كان بمنزلة ما لو أقاما كل واحد شاهدين حال حياة العم؛ لأنه ما امتنع الإرث هنا لكونها مشغولة بحق الأجنبي؛ لأن بإقامة الشاهد الواحد لا يثبت حق ولكن امتنع الإرث لمعنى آخر وهو أنه إن ورث ابن الأخ يبطل ما أقام الأجنبي من الشاهد ويلزمه الإعادة؛ لأنه بدل المالك بمجرد قول يحتمل الصدق والكذب لا يجوز إبطال بينة الأجنبي فامتنع الإرث صيانة لبينة الأجنبي عن البطلان وصار كما لو أقر العم لابن الأخ حال حياته ودفع الدار إليه بعدما أقام كل واحد منهما شاهدًا ثم أقام الأجنبي شاهدًا آخر يقضى له بالدار فكذا هذا.

(باب إقرار المدعى عليه بالإرث أو بالوصية في المدعى به)

(الجامع): مسائله على فصول:

أحدها: في إقرار ذي اليد بالإرث لغيره.

والثاني: في الوصية.

والثالث: في إقرار الوارث بوارث بعد وقبل المورث.

(فصل)

أصله: أن قضاء القاضي للمدعي بنصيب الميت من المال المشترك ينصرف إلى نصيب الميت خاصة لا إلى نصيب شائع من الأنصباء كلها تحريًا لجوار القضاء أو تصونًا وتحفظًا عن الإبطال كالبيع من أحد الشريكين ينصرف إلى نصيبه خاصة تحرّيًا لجواز البيع وصونًا له عن الفساد. دار في يد رجل يدعيها كلها لنفسه أقام رجل البينة أنها داره ورثها من أبيه لا وارث له غيره، وأقام أخ ذو اليد البينة أنها دار أبيه مات وتركها ميراثًا له ولأخيه، فإنه يقضى بثلاثة أرباعها للأجنبي وبربعها للأخ ولا يشاركه ذو اليد فيه؛ لأن بينة كل واحد منهما شهدت بملك جميع الدار لأبيه وانتصب كل واحد منهما خصمًا عن الميت في إثبات الملك له في جميع الدار فقد استويا في الدعوى والحجة وهما خارجان فيقضى بينهما نصفان إلا أن أخ ذي اليد يزعم أن الربع له والربع لأخيه ذي اليد بالإرث وذي اليد يجحد ذلك فقد صيغ بالجحود نصيبه ولا منازعة لغيره في ربعه؛ لأن أخ ذي اليد لا يدعي إلا الربع والأجنبي يدعي كل الدار وأثبته بالبينة فيقضى به للأجنبي والقضاء بالربع للأجنبي انصرف إلى نصيب ذي اليد خاصة فلا يشاركه ذو اليد في نصيب أخيه.

وكذلك إذا أقر ذو اليد أن الدار ميراث بعد قيام البينة قبل القضاء لم يتغير الحكم؛ لأن الأخ صار مستحقًّا للربع بالبينة وإقرار ذي اليد يوضح تضمن إبطال بينة أخيه؛ لأنه يصير ذو اليد مع أخيه؛ لأن التركة في يد أحد الورثة كأنها في يد الكل حكمًا وبينة ذي اليد في الملك المطلق والميراث لا تقبل مع بينة الخارج فلم يصلح إقراره، فإن أقر قبل إقامة البينة يقضى بالدار كلها للأجنبي؛ لأن إقراره لا يبطل على أخيه حقا؛ لأن الحق لم يثبت له بعد فصح إقراره في حق أخيه فصارا جميعًا ذا اليد فكانت بينة الخارج أولى، فإن أقام الأجنبي البينة وحده وقضي للأجنبي ثم حضر أخ ذو اليد وأقام البينة على الإرث بينه وبين ذي اليد يقضى له بنصف الدار ولا يشاركه ذو اليد فيه؛ لأن الأخ أقام البينة على ملك جميع الدار، والأجنبي صار ذو

اليد في الحال فكانت بينة الخارج أولى إلا أن الأخ لم يدع لنفسه إلا نصف الدار فيقضى له بالنصف ويترك النصف الآخر في يد الأجنبي، فإن كان على الميت دين صرف النصف الآخر من الدار إليه؛ لأنه قامت البينة على استحقاق الكل للميت إلا أنه ترك نصفه في يد المقضي عليه لعدم المنازع وفقد المستحق، فإذا ظهر الدين للميت ظهر المستحق له فيصرف إليه.

وإن أقام الأجنبي البينة على ذي اليد وهو يدعي لنفسه ثم أقر بالإرث بينه وبين أخيه وقضي بالدار للأجنبي ثم حضر الأخ وأقام البينة على الإرث قضي له بنصف الدار.

وإن أقر قبل إقامة الأجنبي البينة ثم أقام البينة فقضى للأجنبي ثم حضر الأخ وأقام البينة على الإرث بينه وبين أخيه لا يقضى له بشيء والفرق أن إقرار ذي اليد قبل إقامة الأجنبي البينة صح في حق أخيه؛ لأنه لا يبطل عليه حقًّا ولا يلحق به ضررًا قصدًا فصار كميراث ظاهر فأحد الورثة ينتصب خصمًا عن بقية الورثة في التركة فصار كأن التركة في يد الكل فصار أخ الغائب مقضيًا عليه لذي اليد ولا تقبل بينته فيما صار مقضيًا عليه وإقرار ذي اليد بعد إقامة الأجنبي البينة لم يصر خصمًا في حق الأخ؛ لأنه يتضمن إلحاق الضرر بأخيه؛ لأنه يريد أن يجعل القضاء المتوجه عليه واقعًا على أخيه الغائب حتى لا يسمع بينته متى حضر فلم يصر مقضيًا عليه فبقي خارجًا والأجنبي صار ذو اليد فكانت بينة الأخ أولى. دار بين ثلاثة مشاعة مات أحدهم فأقام رجل البينة أنه أخ الميت لا يعلمون له وارثًا غيره فقضي له بنصيب الميت ثم جاء آخر وادعى أنه ابن الميت وصدقه الشريكان وكذب الأخ فليس للابن أن يدخل مع الشريكين في نصيبهما؛ لأن الشريكان أقرا له بنصيب الميت؛ لأنه امتاز نصيبه بالقضاء ونصيب الميت صار ملكًا للأخ بالقضاء بالبينة فيكون إقرارا على الغير فلا يصح، والابن يدعي أن ما في يد الأخ له ولا يصدق إلا بحجة، بخلاف ما لو استولى الأخ عليه بلا بينة والمسألة بحالها فله أن يشاركهما في نصيبهما؛ لأن القاضي عاين ثلث الدار في يد الأخ ولم يثبت كونه غاصبًا بإقرارهما فلا ينزع نصيب الميت من يده إلا بحجة والدار مشتركة مشاعة فلا يميز

نصيب البعض عن البعض إلا بالقسمة أو بالغصب أو لم يوجد فبقي نصيب الميت شائعًا في الكل وكان في يد كل واحد منهم ثلث نصيب الميت وكان للابن أن يأخذ من كل واحد من المقرين ثلث ما في يده، فإن كان القاضي قضى للأخ ثم اقتسم هو والشريكان والدار بقضاءٍ أو غيره وما في المسألة بحالها فللابن ثلث ما في يد كل واحد من الشريكين؛ لأن بالقسمة وصل إلى كل واحد منهما ثلث ما في يد الأخ وقد أقرا ذلك للابن فلزمهما التسليم إليه كمن أقر بمال في يد الغير ثم ملكه يؤمر بتسليمه إلى المقر له فكذا هذا ولو كان مما يكال أو يوزن أو يعد فليس له ذلك؛ لأن القسمة في ذوات الأمثال إقرار محض فلم يصل إلى يد المقر شيء مما كان في يد الأخ.

(فصل)

مسائله على أقسام:

القسم الأول: رجل مات وترك ثلاثة أعبد قيمتهم سواء فأقر الوارث بعبد بعينه لرجل وصية وأقام آخر البينة أنه أوصى له بعبد آخر بعينه وقضى له لم يأخذ المقر له شيئًا؛ لأنه تعذر تنفيذ الوصيتين كملًا جميعًا؛ لأنهما يزيدان على الثلث وتعذر تنفيذهما في نصف الموصى به؛ لأن الوصية الثابتة بالبينة ثابتة بحجة كاملة نافذة في حق الناس كافة والوصية الثانية بالإقرار ثابتة بحجة متقاصرة غير نافذة على غير المقر له فلا تكون ثابتة في حق الموصى به بالبينة وكان القضاء بالوصية الثابتة بالبينة أولى نظيره رجل مات وترك ألفًا فادعى رجل أن له على الميت ألفًا وصدقه الورثة فأقام آخر البينة أن له على الميت ألفًا يقضى بالألف للمقيم البينة لا للمقر له فكذا هذا.

ولو أن الوارث اشتراه من المستحق بالعبد المقر له في الوصية بناء على زعم البائع يغرم الوارث للمقر له فيه ما باع؛ لأن في زعم البائع أن ما باع لم يصر ملكًا للبائع بالوصية بل هو باق على حكم ملك الميت؛ لأنه غيَّر ما به في زعمه ولكن زعمه وإقراره لا ينفذ ما لم يدخل العبد في ملكه فجاز بيعه، كمن اشترى عبدًا أقر بحريته جاز وعتق عليه متى دخل في ملكه فكذا هذا أو يغرم قيمته للمقر له لأن في

زعمه أن ما اشترى ملك الميت والشراء منه كان احتيالا لتخليص المغصوب من يد الغاصب فيلزمه تسليم بدله إلى المقر له بالوصية؛ لأن المانع من نفاذ وصيته قد زال حيث عاد إليه الميراث فنفذ إقراره بالوصية وقد عجز عن تسليمه إلى المقر له بتسليمه إلى الغرماء له بالبينة فضمن قيمته.

والقسم الثاني: مات وترك عبدًا قيمته ألف درهم فقال الوارث: إنه أوصى به لفلان وقد أجازه وأقام رجل البينة أن له على الميت ألف درهم دين فقضى له وبيع العبد بالدين والوارث منكر، ثم إنه ملك العبد بسبب لم يكن للمقر له عليه سبيل؛ لأن للقاضي ولاية بيع المنقول على الموصى له للحفظ عليه حال عجز الموصى له عن الحفظ بنفسه، ولهذا كان للقاضي ولاية بيع العبد على الكبير الغائب حفظًا لما له عليه فإن حفظ الدراهم أيسر من حفظ العبد فينفذ بيع القاضي في زعم الوارث وزعم المقر له فتحولت الوصية من العبد إلى بدله وهو ثمنه وكان حق الموصى له في ثمنه وثمنه لم يصل إلى المقر بعد حتى لو وصل إليه بسبب يلزمه الرد إلى المقر له بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه ليس للقاضي نقل الوصية من العبد إلى غيره وكانت الوصية باقية في عين العبد، فإذا أعاد إليه يؤمر بتسليمه إلى المقر له بالوصية، فإن وجد شهود الدين عبدًا فثمن العبد للموصى له؛ لأنه ظهر أن القضاء صدر لا عن حجة فبطل القضاء لكن لم يبطل بيعه لقيام ولايته فيتحول حق الموصى له إلى ثمنه، فإن مات الغريم فورثه المقر أو شيئًا من ماله أخذه المقر له؛ لأنه زعم الوارث أن ألفًا صارت دينًا للموصى له على الغريم والدين مقدم على الميراث فلما لم يوف حق الموصى له لا يسلم له شيء من تركة الغريم.

والقسم الثالث: مات وترك ثلاثة أعبد قيمتهم سواء فأقر الوارث لرجل بعبد بعينه وصية وصدقه المقر له وقامت بينة أنه أوصى بهذا العبد الآخر لآخر وجحده الوارث فأعتق المقر له عبده قبل القضاء بالبينة نفذ عتقه؛ لأن عتقه صادف ملكه؛ لأن قبل القضاء الثلث سالم للوارث فينفذ إقراره بالوصية وصار الثلث ملكًا للموصى له ظاهرًا فلا يظهر بالقضاء بالوصية بالبينة أن العتق كان باطلًا لأنه لم يقض بعين العبد المعتق للموصى له بالبينة بل قضى له بغيره إلا أنه ما لم يسلم

الأكبر للوارث لا يسلم الأصغر للمقر له فكان في معنى البدل عنه لاستحقاق بدل المعتق لا يبطل العتق؛ لأنه لا يظهر أنه أعتق ما لا يملكه، فإن قضى ببينة الآخر بعد غرْم المعتق قيمة ما أعتق للوارث؛ لأن الوارث إنما أقر بالأصغر للموصى له بشرط أن يسلم له الأكبر وقد زال الأكبر عن ملكه بالقضاء فيزول الأصغر عن ملك المقر له وقد عجز عن رده بالعتق ويلزمه رد قيمته كمن اشترى عبدًا أقر أنه ملك البائع ودفع الثمن إليه فاستحقه رجل كان للمشتري أن يسترد الثمن من البائع.

وإن أعتقه بعد القضاء لم ينفذ العتق؛ لأن بالقضاء زال الأكبر عن ملك الوارث ظاهرًا؛ لأن في زعمه أن القضاء نفذ ظاهرًا، وإذا زال الأكبر عن ملكه خرج الأصغر من أن يكون محلًا للوصية فلم يصح إقراره ظاهرًا بوصية الأصغر فقد أعتق ملك الوارث فلا ينفذ، فإن ملك الوارث العبد المشهود به أمر بتسليم المقر به إلى المقر له، ولا ينفذ إعتاقه بخلاف ما إذا أوصى بعبد لرجل وعليه دين محيط فأعتقه الموصى له ثم أبرأ الغرماء الميت ينفذ عتقه، والفرق أن ثمنه ليس للتركة مالك ظاهر فتوقف الإعتاق على مالك خفي يستظهر، فإذا ظهر الملك للموصى له بإبراء الغرماء الميت نفذ عتقه وهاهنا للعبد المقر به مالك ظاهر وهو الوارث، ولهذا لو أعتقه الوارث نفذ فيتوقف العتق على المالك الظاهر، فمتى بطل إقرار الوارث بالقضاء انتقض سبب الملك للموصى له فظهر أن الإعتاق صادف ملك الغير إلا أن الوارث لما أجبر على إقرار أمر يدفع العبد إلى المقر له بإقرار وجد منه بعد العتق وكان العتق حاصلًا قبل الملك.

(فصل)

مسائله على قسمين:

الأول: أم الولد إذا قتلت سيدها وله ثلاث بنين فأقر أحدهم أنه كان لها ابن من أبيهم مات بعد القتل سقط القصاص، وإن كذبته الجارية؛ لأنه أقر بما يوجب سقوط القصاص؛ لأنه زعم أن البنين بعد موت الأب أربعة، وأن القصاص صار موروثا بينهم أرباعا فصار لابن القاتلة على أمه ربع القصاص وسقط ذلك عنها بالأمومة

ويسعى في ثلثي قيمتها للباقين؛ لأنه لم ينفذ إقرار المقر على الجاحدين ولا يسعى للمقر في شيء إن كذبته؛ لأن إقراره لم يصح في حقها في حق لزوم المال عليها، وإن صح في حق سقوط القصاص؛ لأنه إقرار على نفسه؛ لأنه مالك لإسقاط القصاص عنها بالعفو وغيره، فإن صدقته يسعى له في ثلاثة وعشرين سهمًا من ستة وعشرين سهمًا من ثلث القيمة ثلثه يسقط عنها ويسعى في ثلاثة وعشرين للمقر؛ لأن في زعمهما أن ربع القصاص انقلب مالًا وقد مات ابنها وترك أمًّا وثلاثة أخوة فيكون للأم من هذا الربع السدس والباقي بين الأخوة أثلاثًا فجعلنا نصيب ابنها على ستة؛ لأنها أقل حساب يخرج منه السدس للأم من ذلك سهم بقي خمسة لا يستقيم على ثلاثة فأضرب في ستة فصار ثمانية عشر للأم ثلثه بقي خمسة عشر تضم إلى ثلاثة الأرباع فصار تسعة وستين لكل ابن ثلاثة وعشرين وللأم ثلاثة فصار الكل اثنين وسبعين.

ولو كان البنون أربعة فمات أحدهم فأقر أحدهم أن الجارية أم الميت وهذا الغلام ابنه سعت في ثلثي قيمتها للباقين بكل حال؛ لأن إقرار المقر لم يصح في حق الجاحدين؛ لأنه يتضمن تنقيص حقهما عن الثلثين فنصيب البنون ثلثه فللجاحدين الثلثان، وأما المقر إن كذبه الغلام والجارية بطل حق المقر؛ لأن إقراره صح في حق سقوط القصاص عنها ولم يصح في حق وجوب المال له عليها إلا بتصديقها؛ لأنه إقرار عليها، وإن صدقاه يسعى للمقر في ربع قيمتها؛ لأنهم تصادقوا أن القصاص انقلب مالًا، وأن حق المقر في ربع قيمتها، ويقسم ما بقي من رقبتها وهو نصف السدس بينها وبين الغلام على ستة فبطل عنها سهم وتؤدي ما بقي إلى الغلام؛ لأن المقر زعم أن الربع الذي هو نصيب ابن الميت صار ميراثًا بين الجارية وابنها، السدس للأم والباقي للغلام إلا أن الجاحدَين أخذا سدس القيمة من حق الميت بغير حق ظلمًا فبقي من حق ابن الميت نصف السدس فيكون للجارية والغلام على ستة فاحتجنا إلى حساب له ربع ونصف وسدس وأقله اثني عشر للجاحدين ثلثي المال ثمانية وللمقر ربعه ثلاثة بقي سهم وذلك نصف سدس الكل بين الغلام والجارية على ستة فانكسر بالسدس فأضرب ستة في اثني عشر فصار

المال كله اثنين وسبعين فمنه تصح المسألة، وإن كذب الغلام البنوة وصدقت الجارية يسعى للمقر في الربع ويقسم نصف سدس الباقي بين المقر والجارية على ثمانية خمسة للمقر وثلاثة لها؛ لأنه لما كذبه الغلام بطل إقراره ولم يثبت نسبه فصار كابن الميت. ترك أمًّا وثلاثة أخوة ولم يترك من المال إلا نصف سدس قيمتها للأم السدس من ذلك بقي خمسة من الأخوة أثلاثًا فانكسر فأضرب ثلاثة في ستة فيصير ثمانية عشر للأم ثلاثة ولكل أخ خمسة.

فإن قيل: ينبغي أن لا يكون للمقر من الباقي شيء؛ لأنه يزعم أن نصيب الابن الميت لأمه وأبيه ولا ميراث له، قيل له: تأويل المسألة إذا رجع المقر عن إقراره أن الغلام ابنه حتى يبطل نصيب الغلام فيكون نصيب الميت بين الأم والأخوة وقيل: الجواب صحيح على الإطلاق وهو صحيح؛ لأن المقر أقر بالنسب بعد الموت، والإقرار بالنسب بعد الموت إقرار بالمال، كما أن الشهادة بالنسب بعد الموت شهادة بالمال حتى لو رجعا ضمنا، والإقرار بالمال يبطل بالرد والتكذيب فصار بمنزلة العدم فيما هو حق الغلام ولم يبطل في حق المقر بتكذيب الغلام.

(القسم الثالث في ترجيح إحدى البينتين على الأخرى)

(باب الخارج وذو اليد أقاما البينة)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في دعوى اليد.

والثاني: في دعوى الملك.

(فصل)

رجلان ادعى كل واحد منهما دارًا أنها في يده فلم يعرف ذو اليد منهما كان كل واحد منهما مدعيًا ومدعى عليه، فلو أقاما البينة جعل في يد كل واحد نصف المدعى؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة وإثبات اليد على المحل أمر مقصود كالملك فاحتيج إلى إثباتها بالبينة كالملك.

وإن أقام أحدهما البينة ثبت له اليد وصار هو المدعى عليه، وإن لم يقم لواحد منهما البينة فعلى كل واحد منهما اليمين؛ لأن دعوى اليد بمنزلة دعوى الملك؛ لأن بها يتمكن من الانتفاع بالملك، فإن حلفا توقف هذه الدار إلى أن يعرف حقيقة الحال لأنهما لما حلفا برئ كل واحد عن دعوى صاحبه والقاضي لم يعرف كونها في يد أحدهما فتوقف إلى أن تظهر حقيقة الحال.

وإن نكل أحدهما لا يقضي للحالف باليد؛ لأن القاضي لا يعرف كون الدار في يد الناكل والنكول بدل أو إقرار وذلك إنما يصح من الإنسان بما في يده لكن يمنع الناكل من التعرض لهذه الدار. رجل في يده دار أقام البينة أنها في يده منذ سنتين وأقام الخارج البينة أنها له منذ سنة قضى للخارج؛ لأن بينة اليد لا تعارض بينة الملك، فإن اليد محتملة تحتمل يد عين الملك وبغير حق فلم تصر بينة صاحب اليد دافعة لبينة الخارج.

ولو أقام بينة على عبد في يد رجل أنه كان في يده أمس لا تقبل.

ورُوي عن أبي يوسف في (**الأمالي**) أنه تقبل ويؤمر المدعى عليه برد ما في يده؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة أو بالإقرار[1].

ولو عاين القاضي أنه كان في يد المدعي أمس أو سمع إقرار المدعى عليه بذلك يأمره بالرد إلى المدعي فكذا هذا، وجه ظاهر الرواية، أن يد المدعى عليه على المدعى به للحال ثابتة بيقين وكونه في يد المدعي أمس محتمل متردد بين أن يكون يد ملك أو يد غصب أو وديعة أو عارية أو إجارة فلا يمكن القضاء بكونه في يده أمس بحق فلا يجوز نقض اليد الثابتة بيقين بالشك والاحتمال، فإن شهدا أن ذا اليد أخذ منه أو أنه أبق منه فأخذه تقبل؛ لأن الأخذ سبب موجب للرد

(١) انظر: ابن عابدين ١١٨/٥، ١١٩، ١٩٩/٤ وما بعدها، والبدائع ٨٣/٧، ١٤٨، والفتاوى الهندية ١٦٥/٣، ومنح الجليل ٥١٥/٣، ٥٢٣، والدسوقي ٤٦١/٣، والحطاب ٢٩٦/٥، ومغني المحتاج ٢٧٦/٢ وما بعدها، والأشباه للسيوطي ص٢٣٢، ومنتهى الإرادات ٣٧٤/٢، ٤٠١، والقواعد لابن رجب ص٣٨٣، والكافي ١٠٨٦/٢، والمهذب ٢٨٥/٢، والهداية ١٢٨/٢، والمغني ٢٣٨/٥، ٢٥٣.

لقوله عليه السلام: "**على اليد ما أخذت حتى ترد**"(١) فوجد ما يوجب نقض اليد الثابتة فيجب نقضها ورفعها وهنا لم يثبت الأخذ من المدعي مقتضى الشهادة؛ لأن الشهادة واقعة باليد لا بالأخذ وهي محتملة بين كونها محقة ومبطلة فلا يجب القضاء بالشك فلا تنقض اليد الثابتة بالشك.

(فصل)

خارجان أقاما البينة على ملك مطلق في شيء في يد ثالث أو على الشراء من واحد بلا تاريخ أو تاريخها سوى يقضى بالملك بينهما نصفان.

وهو أحد أقوال الشافعي، وفي قول منه تهاترت البينتان، وفي قول يقضى لمن خرجت القرعة له.

والصحيح قولنا؛ لما روى محمد رحمه الله بإسناده إلى تميم بن طرفة الطائي: أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعير، فأقام كل واحد منهما البينة شاهدين أنه بعيره، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين.

ولأن البينتين حجتان ظاهرًا؛ لأن الحكم يتعلق بدليل الصدق، وهو العقل والدين الداعيان إلى الصدق الصارفان عن الإفك لا بحقيقة الصدق؛ لأنها من

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٤٦/٦ (٢٠٩٤١) قال: حدثنا عبدة بن سليمان. و«أحمد» ٨/٥ (٢٠٣٤٦) قال: حدثنا محمد بن جعفر، ومحمد بن بشر. وفي ١٢/٥ (٢٠٣٩٣) قال: حدثنا عبد الوهاب الخفاف. وفي ١٣/٥ (٢٠٤١٨) قال: حدثنا يحيى بن سعيد. و«الدارمي» (٢٧٥٩) قال: أخبرنا محمد بن المنهال، قال: حدثنا يزيد بن زريع. و«ابن ماجه» (٢٤٠٠) قال: حدثنا إبراهيم بن المستمر، قال: حدثنا محمد بن عبد الله (ح) وحدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا ابن أبي عدي. و«أبو داود» (٣٥٦١) قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا يحيى. و«الترمذي» (١٢٦٦) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا ابن أبي عدي. و«النسائي»، في «الكبرى» (٥٧٥١) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا خالد.

تسعتهم: (عبدة، وابن جعفر، وابن بشر، وعبد الوهاب، ويحيى، ويزيد، ومحمد بن عبد الله، وابن أبي عدي، وخالد بن الحارث) عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن الحسن البصري، فذكره.

الضمائر والسرائر والأصل في الحجج الشرعية متى أمكن إعمالها لا يجوز إهدارها وإهمالها، إذ إعمال الدليل من وجه أولى من تعطيله وإهماله، كالنصين إذا تعارضا يعمل بهما من وجه إذا أمكن ولا يصار إلى تعطيلهما وإهمالهما وهنا أمكن العمل بالبينتين من وجه؛ لأن المشهود به يقبل التجزيء والتبعيض فقضينا بينهما بالتنصيف عملًا بالدليلين بقدر الإمكان كما لو شهد شاهدان أنه أوصى بهذا العبد لزيد وشهد آخر أنه أوصى بهذا العبد لعمر، ويقضى بالملك لهما بخلاف ما لو أقاما جميعًا البينة على نكاح امرأة تهاتريًا؛ لأنه تعذر العمل بالبيّنتين؛ لأن المشهود به لا يقبل التجزيء والتبعيض وتعذر إثبات الملك لكل واحد منهما على الكمال لما فيه من اجتماع رجلين على امرأة واحدة وهذا لا يجوز، وكذلك على هذا الخلاف دار في يد رجل أقام آخر البينة أنها له أجرها من ذي اليد وأقام آخر البينة أنها له أودعها ذو اليد قضى بينهما؛ لأن كل واحد منهما أقام البينة على ملك الدار وعلى أنه دفعها إليه فاستويا في الدعوى والحجة فاستويا في الاستحقاق، فإن أقام أحدهما أن ذا اليد غصبها منه وأقام آخران أن ذا اليد أقر أنه أودعها أو غصبها يقضى لمدعي الغصب وهو الأول؛ لأن صاحب الغصب أثبت ببينته بطلان إقراره؛ لأن بإقرار الغاصب يكون المغصوب وديعة أو مغصوبا لغير المغصوب منه باطل؛ لأنه إقرار في ملك الغير الخارج مع ذي اليد إذا أقاما البينة على الملك المطلق، أو إذا أرّخا وتاريخهما سواء يقضي ببينة الخارج، وقال الشافعي: يقضي ببينة ذي اليد.

والصحيح قولنا؛ لأن بينة الخارج أكثر إظهارًا وأشد إيضاحا من بينة ذي اليد؛ لأن بينة الخارج مظهرة كاشفة موضحة الملك من كل وجه؛ لأن الملك لم يكن ظاهرًا كاشفا له أصلًا وبينة ذو اليد مظهرة الملك له من وجه؛ لأن ملكه كان ظاهرًا من وجه بظاهر اليد المتصرفة الدالة على ملك الرقبة قبل إقامة الخارج البينة وإظهار الظاهر لا يتصور فكانت بينة الخارج أكثر إظهارًا واستحقاقًا فيكون أحق قبولًا لأنها في حق الزيادة حجة خلت وعريت عن المعارض فيجب العمل بها في حق تلك الزيادة ثم يجب العمل بها في الباقي ضرورة أنها لا تقبل الوصف بالتجزيء وصاحبا اليد إذا أقام كل واحد منهما البينة أنها داره، فإنه يقضي لكل واحد منهما

في يد صاحبه؛ لأنه خارج في ذلك النصف، ولو أقام أحدهما البينة يقضى له بما في يد صاحبه ويترك ما في يده في يده قضاء ترك ولو لم يكن لهما بينة قضى بينهما نصفان قضاء ترك حتى لو أقام أحدهما البينة على صاحبه بعد ذلك تقبل.

(المنتقى): دار في يد رجل أقام رجلان؛ لكل واحد منهما بينة أنها داره أجرها إياه شهرًا بعشرة دراهم وقد سكنها ذو اليد شهرًا فالدار بينهما نصفان ويأخذان منه عشرة دراهم فيكون بينهما استحسانًا؛ لأن الأجرة تجب بمقابلة استيفاء المنفعة وهو السكنى وقد سكن شهرًا فيلزمه أجرة شهر واحد، والقياس أن يأخذ كل واحد منهما عشرة دراهم؛ لأن كل واحد أثبت ببينة أجرة شهر عشرة دراهم. أقام أحدهما البينة على الإرث والآخر على الملك المطلق يقضى بينهما؛ لأن الوارث يحتاج إلى إثبات الملك لمورثه ملكًا مطلقًا؛ لأنه قائم مقام مورثه فصار كما لو حضر مورثه وادعى ملكًا مطلقًا مع هذا المدعي يقضى بينهما نصفان فكذا هذان أقام أحدهما على الإرث والآخر على التمليك من مورث مدعي الإرث بسبب صحيح قضي بالتمليك؛ لأن التمليك بالشراء أو الهبة يكون حال حياة المورث، والإرث يكون بعد مماته فكان التمليك بالشراء سابقًا والإرث لاحقًا فيكون الأسبق أولى.

(الجامع): أصله: أن الخارجين متى أقام أحدهما البينة على الغصب أو الإيداع على صاحبه فيما في يد ثالث، فأقام آخر البينة على الملك المطلق يقضى لصاحب الغصب أو الإيداع؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالإقرار وبالمعاينة، ولو ثبت بإقرار صاحبه أو بالمعاينة أنه كان غاصبًا أو مودعًا من جهة المدعي لا يصح دعواه أنه كان مالكًا؛ لأن المالك لا يكون غاصبًا ومودعًا، وإذا بطلت دعواه لا تقبل بينته.

دار في يدي رجلين أصغر وأكبر أقام خارجيّ البينة عليهما أنها داره وأقام كل واحد منهما البينة أنها داره يقضى الأجنبي بالنصف ولهما بالنصف؛ لأن بينة كل واحد من صاحبي اليد لا تقبل فيما في يده؛ لأنه ذو اليد ويقبل فيما في يد صاحبه؛ لأنه خارج فيه وبينة الأجنبي تقبل فيما في يديهما فقد اجتمع فيما في يدي كل واحد منهما بينة الأجنبي وبينة صاحبه فيقضى بينهما فحصل للأجنبي مما في يدِ كل واحدٍ منهما ربع الدار فصار له نصفها ولكل واحد ربع ما في يد صاحبه.

وإن أقام الأجنبي البينة أنها داره غصبها منه الأكبر وأقام كل واحد منهما البينة أنها له يقضى للأجنبي بثلاثة أرباع الدار والربع للذي لم يدَّعِ عليه الغصب ولا شيء للغاصب؛ لأنه لا يقبل فيما في يد الأصغر إلا بينة الغصب؛ لأنه ذو اليد والأكبر مشهود عليهما بالغصب وبينة المشهود عليه بالغصب لا تقبل وتقبل بينة مدعي الغصب لما بينا فيقضى بجميع ما في يده للأجنبي وفيما في يد الأكبر لا تقبل بينته؛ لأنه ذو اليد، وتقبل بينة الأصغر والأجنبي فيه لأنهما خارجان ولم يدع أحدهما على صاحبه غصبًا فيقضى بينهما نصفان، وعلى هذا قالوا في ثلاثة أقاموا البينات في أحدهم الغصب على أحدهم بعينه أنه يقضى بين مدعي الغصب وبين من لا يدعي الغصب عليه نصفين.

وكذلك لو أقام رجل البينة على ذي اليد أنها داره وأقام خارج آخر البينة أنها داره غصبها أو أودعها هذا المقيم للبينة أو لا قضى بالدار كلها للآخر؛ لأنهما خارجان. أقام أحدهما البينة على غصب صاحبه فبطلت بينة الآخر، وإن أقام الأجنبي البينة أنها داره غصبها منه الأكبر، وأقام الأكبر، البينة أنها داره غصبها منه الأجنبي المدعي فأقام الأصغر البينة أنها داره فقضى بالنصف للأجنبي وبالنصف بينهما؛ لأن بينة الأجنبي والأكبر قد استويا على إثبات الغصب فلم تبطل بينة الأكبر فصار كأنه أقام كل واحد منهم البينة على الملك المطلق لا غيره.

ولو أقام الأجنبي البينة بالغصب على الأكبر وأقام الأكبر البينة بالغصب على الأصغر وأقام الأصغر بينة أنها له قضى بثلاثة أرباع الدار للأجنبي ويبقى الربع للأصغر؛ لأن بينة الأكبر قد بطلت؛ لأن الأجنبي أثبت عليه غصبًا والأكبر لم يثبت عليه غصبًا فبقي الأجنبي منفردا بإقامة البينة فيما في يد الأصغر فيقضى له بجميع ما في يده وبقي بينة الأجنبي والأصغر فيما في يد الأكبر وهما مسموعان لأنهما خارجان فيقضي بينهما نصفان وليس للأكبر أن يأخذ الربع الذي أخذه الأصغر منه؛ لأنه لم يكن غاصبًا فيما في يد الأكبر؛ لأن الأصغر يقول له إنما أثبت علي الغصب فيما في يدي لا فيما في يدك؛ لأنه لا يتصور أن أكون غاصبًا لما في يدك ولم يبق من النصف الذي كنت غاصبًا فيه في يدي شيء.

وإن أقام الأجنبي البينة أن الأكبر غصبها والأكبر أقام البينة أن الأصغر غصبها إياه والأصغر أقام البينة أن الأجنبي غصبها قضي بما في يد الأكبر للأصغر وبما في يد الأصغر للأجنبي ولا شيء للأكبر؛ لأن بينة الأكبر تطلب فيما في يد الأصغر؛ لأن الأجنبي أثبت عليه غصبًا والأكبر لم يثبت عليه غصبًا فبقي الأجنبي منفردًا بإقامة البينة فبقي له، وما في يد الأكبر لا تقبل بينته فيه وتطلب بينة الأجنبي فيه أيضًا؛ لأن الأصغر أثبت عليه غصبًا والأجنبي لم يثبت عليه غصبًا فبقي الأصغر منفردًا بإقامة البينة فيقضي له بجميع ما في يد الأكبر.

ولو أقام الأجنبي البينة أن الدار له غصبها الأكبر وأقام الأكبر البينة بالغصب عليه وأقام الأصغر البينة على غصب الأجنبي بما في يد الأكبر للأصغر وما في يد الأصغر بين الأكبر والأجنبي نصفان، ولو أقام الأجنبي البينة أنهما غصبا وأقام كل واحد بينة بالغصب على صاحبه فالنصف للأجنبي والنصف لهما لما عرف، والله أعلم.

(باب التأقيت في الدعوى والبينة)

(المبسوط): الدعوى لا تخلو إما أن تكون في ملك مطلق، أو في ملك بسبب، والعين في يد ثالث، أو في يد أحدهما، أو في أيديهما.

وكل وجه لا يخلو إما أن يؤرخا، أو لم يؤرخا، أو أرّخا وتأريخهما سواء أو أحدهما أسبق.

أما إذا ادعيا ملكًا مطلقًا والعين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا وتأريخهما سواء يقضى بينهما نصفان؛ لأنه لم يثبت سبق أحدهما فبقي دعوة ملك مطلق إن كان تأريخ أحدهما أسبق.

ذكر الكرخي في (مختصره): أن الأسبق أولى بالاتفاق؛ لأن الأسبق أثبت الملك في وقت لا ينازعه الآخر فيه؛ لأن دعوة ملك مطلق دعوى التملك من جهة المدعى عليه؛ لأن ما يستحقه على ذي اليد من الملك الثابت بظاهر يده يعتبر استحقاقا للملك على ذي اليد فيكون تملكا من جهته والتأريخ معتبر في دعوى التملك كما لو ادعى التملك بالشراء من جهة المدعى عليه.

وروى أصحاب الأمالي عن محمد: أن الأسبق أولى في قوله الأول وفي قوله الآخر هو بينهما؛ لأنه لا عبرة للتأريخ في دعوى ملك مطلق؛ لأنه دعوى أولية الملك معنى حتى يستحق بزوائدها المنفصلة كالنتاج والمقصود من إثبات التأريخ إثبات زيادة الاستحقاق على خصمه لتترجح بينته على بينة الخصم، فإثبات زيادة الاستحقاق لا تتصور في دعوى أولية الملك على أحد وكان التقدم والتأخر في دعوى الملك المطلق سواء.

وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فعند أبي حنيفة يقضى بينهما ولا عبرة بالتأريخ، وعند أبي يوسف المؤرخ أولى، وعند محمد المبهم أولى.

لمحمد: أن المبهم أسبقهما وقتًا من حيث المعنى؛ لأن دعوى مطلق الملك دعوى أولية الملك فيكون ملكه بائنًا كما حدثنا الغير واختلفت والمؤرخ ادعى أولية الملك منذ أرخ فيكون غير ملك المؤرخ سابقًا والمؤرخ لاحقًا فصار كما لو كان أسبقهما تاريخًا نصًا.

لأبي يوسف: أن المؤرخ ملكه يتعين في ذلك الوقت ومدعي مطلق الملك لم يستيقن بثبوته من الأصل فكان التأريخ أولى كما لو ادعيا الشراء.

لأبي حنيفة: أنه يجوز أن الآخر لو وقَّت كان تأريخه أسبق وأقدم فوقع الاحتمال في التأريخ أنه متأخر أو متقدم فسقط اعتباره ويجب إهداره فصار كما لو أقاما البينة على مطلق الملك؛ ولأن دعوى مطلق الملك تحتمل التملك من المدعي قبله فيكون ملكه لاحقًا كما لو ادعيا الشراء قضي به لذي اليد ويحتمل دعوى أولية الملك فيكون ملكه سابقًا فوقع التعارض في السبق واللحوق فسقط اعتبار التأريخ ويجعل كأنهما ملكا معًا، بخلاف ما لو ادعيا الشراء؛ لأنهما اتفقا على حدوث الملك وتلقيه من واحد ولا بد للحدوث من تأريخ؛ لأنه قد يتقدم وقد يتأخر. وكان صاحب التأريخ أولى بهذا كله إذا كانت العين في يد ثالث، وإن كان في يد أحدهما ولم يؤرخا أو أرخا وتأريخها سواء فالخارج أولى خلافًا للشافعي لما بينا، وإن كان تأريخ أحدهما أسبق فهو أولى عندهما وهو قول محمد أولًا، وقال محمد آخرًا: هو بينهما ولا عبرة بالتأريخ عنده إلا في النتاج الذي ذكر ابن سماعة لما بينا.

وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر أو أرخ الخارج سنة وشك شهود ذي اليد في السنة والسنتين قضي للخارج عندهما.

وكذلك لو أرخ ذو اليد سنتين وشك شهود الخارج في السنة والسنتين، وعند أبي يوسف بينة صاحب الوقت أولى؛ لأن عنده التأريخ عبرة بكل حال فيقضى للمؤرخ منهما، وعند أبي حنيفة لا عبرة بالتأريخ حالة الانفراد، فقد اجتمع خارجٌ وذو اليد تنازعا في ملك مطلق فيكون الخارج أولى عند محمد لا عبرة بالتاريخ أصلًا فسقط فبقي دعوى مطلق الملك فكان للخارج، وإن كانت العين في أيديهما وأرخا وتأريخ أحدهما أسبق فعندهما لأسبقهما تأريخا كدار في يد رجلين أقام أحدهما البينة على الملك منذ سنة والآخر على الملك منذ سنتين يقضى لصاحب السنتين، وعند محمد هو بينهما ولا عبرة بالتأريخ.

ولو أقام أحدهما على ملك الثلث منذ سنة والآخر من سنتين يقضى لصاحب السنتين، وعند محمد هو بينهما ولا عبرة بالتأريخ.

ولو أقام أحدهما البينة على ملك الثلث منذ سنة والآخر على ملك الثلثين منذ سنتين يقضى لكل واحد بما ادعى؛ لأنه أمكن القضاء بالثلثين مع القضاء بالثلث.

وإن أرخ أحدهما دون الآخر فعندهما لا عبرة بالوقت ويكون بينهما.

وقال أبو يوسف: هو للمؤرخ هذا كله في دعوى ملك مطلق، وإن كانت الدعوى في ملك بسبب كالشراء أو الهبة والإرث فلا تخلو إما أن ادعيا تلقي الملك من اثنين أو من واحد، فإن ادعيا تلقي الملك من اثنين بالشراء أو بالميراث، فإن أقام أحدهما البينة أنه ميراث له عن أخيه وأقام آخر البينة أنه ميراث له عن أبيه، وكذلك الشراء فالجواز فيه كما ذكرنا في دعوى ملك مطلق؛ لأن كل واحد يحتاج إلى إثبات الملك لملكه فكان المالكان حضرا وادعيا ملكًا مطلقًا.

وإن ادعى تلقي الملك من واحد والعين في يده ولم يؤرخا أو أرّخا وتأريخهما سواء فهو بينهما، وإن كان تأريخ أحدهما أسبق فهو له، وكذا إن كان أحدهما أرخ دون الآخر فهو للمؤرخ بالإجماع؛ لأن التأريخ معتبر في دعوى الملك بسبب سبق بيع أحدهما، وبيع الآخر معنى حادث ولا يعلم تأريخه فيحكم به للحال، وإن كانت

العين في يد أحدهما يقضى لذي اليد إلا أن يؤرخا وتأريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تأريخًا؛ لأنه يحمل قبضه على قبض البيع والبيع حادث ولم يعرف تأريخهما فيجعل كأن بيع صاحب القبض أسبق، وإذا كان تأريخ الخارج أسبق فحينئذ يثبت الملك للخارج بيقين فيجب نقض يده الثانية بيقين.

وأربع مسائل يستوي فيها صاحب الوقت وغير الوقت:

إحداها: رجلان ادعيا شراء دار واحدة من رجلين ويقول ذو اليد: الدار داري وأقاما البينة ووقتت إحدى البينتين ولم تؤقت الأخرى، فإنه يقضى بينهما.

والثانية: رجل أقام البينة على دار أنها كانت لأبيه وتركها ميراثًا له منذ سنة وأقام الآخر البينة أن هذه الدار كانت لأبيه مات وتركها ميراثًا له ولم يذكر التأريخ فهو بينهما.

والثالثة: دابة في يد رجل ادعاها رجلان فأقام كل واحد منهما البينة أنها دابته نتجت عنده ووقّتت بينة أحدهما ولم تؤقت بينة الآخر يقضى بينهما.

والرابعة: الخارجان أقاما البينة أنها له ووقتت بينة أحدهما دون الأخرى يقضى بينهما عند أبي حنيفة ذكره في الأصل.

وقال أبو يوسف: يقضى لصاحب الوقت ذكره في الإملاء وهو قول أبي حنيفة في المجرد، وقال محمد في رواية ابن سماعة: يقضى للذي لم يؤقت.

(**المنتقى**): رجلان أقام كل واحد منهما بينة على شيء أنه في يده منذ كذا، أحدهما يدعي منذ شهر والآخر منذ الجمعة يجعل في يدي مدعي آخرهما وقتًا؛ لأن بينة الجمعة قاضية على بينة الشهر لجواز أن اليد كانت ثابتة فزالت بسبب صحيح واستحقاق جديد، فالبينات حجج شرعية، فما كان أرجح وأصدق وكان بالقبول أولى وأحق كخارج أقام البينة على دار في يد رجل أنها كانت لأبيه مات منذ سنة وتركها ميراثًا له فأقام ذو اليد البينة أنها كانت لأبيه مات منذ سنين وتركها ميراثًا له فهي للخارج؛ لأن البينتان إنما وقتا موت أبيهما ولم يؤقتا ملك أبيهما، فصار كما لو أقام رجل البينة أنها داره اشتراها منذ سنة وهو يملكها وأقام ذو اليد البينة أنها داره اشتراها من فلان منذ سنتين وهو يملكها فهي للمدعي؛ لأن البينة لم

تؤقت ملك البائع. عن أبي يوسف رجل ادعى دارًا في يد رجل أنها له منذ سنة وشهدت البينة أنها له منذ عشر سنين لا تقبل؛ لأنه أكد بها في التأقيت.

ولو كان على العكس يقبل؛ لأنه صدقهم في سنة وادعى الزيادة وفي الأولى كذبهم في الزيادة خارجان أقام كل واحد البينة على دار في يد ثالث أن أباه مات وتركها ميراثًا له وأرخا موت أبيهما قال أبو حنيفة هي لأسبقهما تاريخا؛ لأن ملكه أقدم فيكون آكد وأحكم.

وقال أبو يوسف: هي بينهما؛ لأنهما لم يؤقتا ملك أبيهما ولعل أدناهما وأقربهما موتًا أقدمهما وأسبقهما ملكًا.

وكذلك إذا أقام أحدهما البينة على الشراء من ثالث منذ سنة، والآخر أقام البينة عليه بالشراء منذ سنتين من آخر، فإنه يقضي لأولهما وقتًا عند أبي حنيفة؛ لأنه أسبق ملكًا، وقال أبو يوسف: يقضى به بينهما؛ لأن ملك البيعين لا أدري أيهما أول وأقدم.

(باب اختلاف البينات في البيع ونحوه)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: فيما إذا ادعيا تلقي الملك بجهة واحدة.

والثاني: فيما إذا ادعياه بجهتين.

(فصل)

مسائله لا تخلو إما أن ادعيا الشراء من واحد، أو ادعيا الشراء من اثنين، وكل وجه لا يخلو إما أن تكون العين في يد ثالث أو في يد أحدهما أو في أيديهما، فإن ادعيا الشراء من واحد والعين في يد ثالث وأقام كل واحد منهما البينة على الشراء منه ونقده الثمن ولم يؤرخا أو أرخا وتأريخهما على السواء إن شاء أخذ كل واحد نصفها بنصف الثمن المسمى، وإن شاء ترك؛ لأن البينتين قامتا على أمر حادث ولم يعرف سبق أحدهما فيجعل كأنهما وقعا معًا فيحكم بينهما فتعذر إثبات موجب

الشراء كل واحد منهما على الكمال، ويتخير المشتريان في ذلك؛ لأنه يدعي شراء الكل فلا يرضى بالنصف مع الشركة هي عيب، فإن اختار أخذه رجع كل واحد بنصف الثمن؛ لأن نصف المبيع لم يسلم له.

وإن اختار أحدهما الرد والآخر الأخذ قبل تخيير الحاكم فله أخذ الجميع وبعد تخييره ليس له إلا النصف؛ لأن قضاء القاضي بالبيع بينهما يضمن فسخ عقده في النصف فلا يعود إلا بالتجديد كما لو قضى القاضي للشفيعين بالدار المشفوعة ثم يسلم أحدهما لم يكن للآخر إلا النصف وقبله له الكل وقبل التخيير استحق الكل بحكم العقد، وإنما يعود إلى النصف بحكم المزاحمة وقد انقطعت المزاحمة برد صاحبه فيقضى له بالكل، وإن أرخا فالأسبق أولى، وإن أرخ أحدهما يقضى للمؤرخ؛ لأنه ثبت الملك للمؤرخ في ذلك الوقت ولغير المؤرخ احتمل أن يكون قبله واحتمل أن يكون بعده فلا يقضى له بالشك بل هو أمر حادث، والأصل في الحوادث أنه يحكم بحدوثها حال ظهورها إذا لم يتضمن الحكم بحدوثها للحال بعض ما هو ثابت بالعيان.

وإن كانت العين في يد أحدهما ولم يؤرخ أو أرخا أو على السواء أو لم يؤرخ أحدهما فصاحب اليد أولى؛ لأن له يدًا ثابتة يقينًا ومعاينة وكان الحكم بحدوث تبرئ ذي اليد وظهوره للحال متضمنًا نقض ما هو ثابت يقينا ومعاينة وهذا لا يجوز؛ لأن الحادث يحتمل أن يكون سابقًا ويحتمل أن يكون لاحقًا ولا تنقض اليد الثابتة بالشك فلم يحكم بحدوثه للحال فلم يثبت سبق شراء المؤرخ فقد استويا في الاستحقاق فيترجح صاحب اليد باليد كما في النتاج إلا أن يشهدوا أن شراء المؤرخ كان قبل شراء ذي اليد فيكون للمؤرخ؛ لأنه ثبت سبق شرائه بالبينة العادلة فجاز أن ينقض اليد الثابتة بالمعاينة، وإن كانا أرخا فهو للأسبق منهما؛ لأنه ثبت سبقه بالحجة المثبتة، وإن كانت العين في أيديهما يقضى بينهما في الفصول إلا إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو لأسبقهما، وإن ادعيا الشراء من اثنين يقضى بينهما نصفين إلا إذا كانت الدار في يد أحدهما قضى بها للآخر وصاحب التأريخ الأبين أولى؛ لأن المشتري يدعي تلقي الملك من جهة بائعه والملك غير ثابت لبائعه

باتفاق ضمنه وكان محتاطًا إلى إثبات الملك لبائعه فيجعل كأن البائعين حضرا وأقاما البينة يقضى بينهما إذا لم يكن في أيديهما، وإن كان في يد أحدهما يقضى للخارج، وإن أرخا فهو للأسبق منهما فكذا هذا بخلاف ما لو كان البائع واحدًا، لأنهما اتفقا على ملك البائع فلا يحتاج إلى أن يجعل كأن البائع حضر بنفسه بل يحتاجان إلى إثبات سبب نقل الملك إلى أنفسهما والقضاء استوفى فيه فيقضى بينهما.

(فصل)

وإن ادعى أحدهما الشراء من زيد بألف والآخر الهبة من آخر وقبضها منه والعين في يد ثالث قضى بينهما، وكذلك إذا ادعى ثالث ميراثًا عن أبيه وادعى رابع صدقة من آخر قضي بينهم أرباعًا؛ لأنهم يدعون الملك بجهات مختلفة من أشخاص متفرقة فصاروا كأن المالكين حضروا وأقاموا البينة على أملاك مطلقة، وإن كانت العين في يد أحدهما يقضى للخارج إلا في أسبق التاريخ فهو للأسبق، وإن كان في أيديهما يقضى بينهما إلا في أسبق التاريخ فهو له وهذا إذا كان المدعى به مما لا يقسم كالعبد والدابة فأما فيما يقسم كالدار والعقار، فإنه يقضى لمدعي الشراء؛ لأن مدعي الهبة أثبت بالبينة الهبة في الكل، ثم استحق الآخر نصفه بالشراء، واستحقاق نصف الهبة في مشاع يحتمل القسمة يبطل الهبة بالإجماع فقامت بينة مدعيها على هبة باطلة فلا تقبل، وإن ادعيا الشراء والهبة من واحد والعين في يد ثالث فالشراء أولى؛ لأن الشراء يفيد الملك إلا عند القبض وكان حكمه متراخيًا عنها فكان الشراء سابقًا في إفادة الملك، ولأن الشراء يفيد الملك بعوض والهبة بغير عوض، فإذا احتجنا إلى نقض أحدهما كان ما أوجب الملك بغير عوض وفيه تعليل النقض وهو النقض في العوضين إلا إذا أرخ أحدهما فالمؤرخ أولى؛ لأن العقود حوادث والأصل في الحوادث أنه يحكم بحدوثها للحال إذا لم يتضمن نقض ما هو ثابت، والحكم بحدوث الشراء أو الهبة للحال لا يتضمن تفويت ما هو ثابت، وهو اليد لأحدهما لافتقادها فيعتبر حادثًا للحال والمؤرخ سابق على الحال فيعتبر سابقًا، وإن كان في يد أحدهما يقضى لذي اليد؛ لأنهما استويا في إثبات الاستحقاق ولأحدهما يد فيترجح باليد، وكذلك إن أرخ أحدهما؛ لأن يد صاحب

اليد ثابتة بيقين ولا ينتقض بالثبات، والحكم بحدوث العقد للحال يتضمن ما هو ثابت فلا يجوز؛ لأنه ثابت باستصحاب الحال، وإن كان في أيديهما يقضى بينهما؛ لأن يد كل واحد منهما ثابتة في النصف فلم يجز نقض يده بالاحتمال اعتبارا بما لو كانت ثابتة في الكل، ولو ادعى أحدهما هبة مقبوضة من زيد والآخر صدقة مقبوضة منه أيضًا أو كلاهما ادعيا هبة مقبوضة فهي بينهما لأنهما استويا في كونهما تبرعًا وفي افتقارهما إلى القبض، ولا تترجح الصدقة على الهبة باعتبار أنها لازمة والهبة لا؛ لأن هبة ذي رحم محرم لازمة كالصدقة فاستويا، وهبة الأجنبي إن لم تكن لازمة ففيها عوض مشروط عرفًا حتى لو عرضها ينقطع حق الرجوع فيها للواهب فتصير لازمة بالزيادة والنقصان ففي الصدقة إن كان نقض ملك لازم ففي الهبة نقض ملك بعوض فاستويا والشراء أولى من الرهن، وكذلك الهبة بعوض أولى من الرهن؛ لأن الشراء أقوى؛ لأنه يفيد الملك بعوض للحال، والرهن لا يفيد الملك أصلًا للحال فيكون أوهى وأدنى، والرهن أولى من الهبة والصدقة والقياس أن الهبة أولى؛ لأنها تثبت الملك في الحال والرهن لا يثبت، وجه الاستحسان أن الرهن إن كان لا يفيد الملك في الحال لكنه يفيد الملك في المال بعوض وإنه عقد لازم متبرم مضمون متغرم والهبة بخلافه فيكون الرهن أقوى وأحكم والشراء أولى من النكاح عند محمد؛ لأن الشراء معاوضة من كل وجه والنكاح معاوضة من وجه لكنه عقد لازم متأكد لا يحتمل الفسخ والنقض فكان المهر واجبًا بعقد لازم وسبب متأكد وكان فوق الشراء من هذا الوجه وباعتبار قصور المعاوضة دونه فاستويا واعتدلا.

ولو أقام الخارج البينة على شراء دار بعينها من ذي اليد بألف ونقده الثمن وأقام ذو اليد البينة على الشراء من المدعي بألف ونقده الثمن تهاترت البينتان عندهما ويترك الدار في يد ذي اليد، وقال محمد: يقضى بالبينتين ويقضى بالدار الخارج للمدعي؛ لأن البينتان حجج الشرع فيجب اعتبارها وإعمالها ما أمكن وقد أمكن بأن يجعل كأن الخارج باع من صاحب اليد وسلمه إليه ثم باع صاحب اليد منه ولم يسلم إليه فيؤمر بالتسليم إليه، لهما: أن الأصل في الحوادث أنه يحكم بحدوثها وظهورها للحال، والشراء أمر حادث فيجعل كأنهما حدثا معًا للحال متى جهل

التاريخ بينهما، كما لو ادعيا الشراء من ثالث وأقاما البينة جعل كأنهما وقعا معًا ولو وقعا معًا بطلا كما في الإقرار للاثنين إذا صدرا معًا بطلا، وإذا أرخا وتأريخ أحدهما أسبق، فإن كان تأريخ الخارج أسبق وقد شهد الشهود بالشراء والقبض جميعًا يقضى بها لذي اليد بالإجماع؛ لأنه ثبت سبق شراء الخارج على شراء ذي اليد بالبينة العادلة فصار كأنه اشتراها الخارج منه وقبضها منه ثم باعها من ذي اليد وسلم إليه، فإن شهدوا بالشراء دون القبض فكذلك عندهما، وعند محمد يقضى للخارج؛ لأنه صار كأن الخارج اشترى أولًا ثم باع قبل القبض، وبيع العقار قبل القبض لا يصح عنده فيبقى على ملك الخارج، وعندهما بيع العقار قبل القبض جائز فيجوز البيعان، فإن كان تأريخ صاحب اليد أسبق يقضى بها للخارج ويقضى بالعقدين شهدوا بالقبض أم لا؛ لأنه يجعل كأن صاحب اليد اشترى أولًا ثم باع من الخارج وسلم إليه والآن يراه في يد ذي اليد فيؤمر بتسليمها إلى الخارج. أمة في يد رجل أقام آخر البينة أنه اشتراها منه بألف وأقامت الأمة البينة أن مولاها التي في يديه أعتقها أو دبرها أو استولدها ولم يوقنوا قضي بعتقها؛ لأنه متى جهل التاريخ بينهما يجعل كأنهما وقعا معًا ولو وقعا معًا فالعتق أولى؛ لأنه يثبت بنفس الإيجاب ولا يفتقر إلى القبول، والشراء لا يفيد الملك إلا بعد قبول المشتري فحين وجد القبول فالأمة حرة وكان الشراء باطلًا والعتق صحيحًا وصار كما لو ادعى أحدهما الشراء والآخر الهبة فالشراء أولى؛ لأنه يفيد الملك بنفسه والهبة تفيد الملك عند القبض فحين وجد القبض فالموهوب زائل عن ملك الواهب بالشراء فلم تصح الهبة، وكذلك إن وقتت بينة الشراء دون العتق فالعتق أولى؛ لأن العتق قبض حكمًا وليس للشراء قبض أصلًا فصار كأنهما ادعيا تلقي الملك من واحد ولأحدهما تاريخ والآخر قبض مشهود به وهو أولى فكذا هذا، فإن أقتا قضي بالأسبق، كما لو ادعيا الشراء من واحد والشيء في يد أحدهما كان أسبقهما تاريخا أولى، ولو كان المشتري قبض وهو أولى حتى تقوم البينة على العتق قبل البيع؛ لأن للمشتري قبض مغاير حسًا والآخر قبض حكمًا فيكون القبض حسًا وعيانًا أولى كالأمة في يد إنسان ادعت العتق والمولى ادعى الملك فالقول له؛ لأنها مقبوضة في يده حسًا.

وذكر في باب دعوى العتاق في الاستيلاء أن بينة الأب أولى، ولو أقام رجل البينة على الشراء من ذي اليد، وأقام آخر على الشراء والعتق فالعتق أولى؛ لأن لمدعي العتق قبض مشهود به وهو العتق، فإنه قبض للمشهود به حكمًا ولا قبض للآخر أصلًا فكان صاحب القبض أولى كما لو ادعيا الشراء ولأحدهما قبض فهو أولى فكذا هذا. أمة في يد رجل أقام رجل البينة أنها أمته دبرها منذ سنة وأقام آخر البينة أنها أمته منذ شهر وأنه أعتقها ألبتة منذ شهر يقضى للمدبر؛ لأنه أسبقهما تاريخا، وعند محمد إجراء انقضى لمدعي العتق؛ لأنه لا عبرة بالتاريخ عنده وكانت بينته أكبر إثباتًا.

(المنتقى): رجل في يديه عبد أقام آخر البينة أنه اشتراه منه بألف وأقام ذو اليد البينة أنه باعه من رجل آخر بألفين فالبينة بينة الخارج، ولو شهد شهود ذي اليد أن مدعي الشراء كفل بألفين عن المدعى عليه بالشراء فبينة ذي اليد أولى؛ لأن إقدامه على الكفالة اعتراف منه ببيع ذي اليد قبل شرائه، ولو اجتمع بينة الصلح وبينة البراءة من الدعوى أو بينة البيع مع بينة البراءة فبينة الصلح وبينة البيع أولى؛ لأن البراءة قد تكون بعد الصلح والبيع وبينة الدين مع بينة البراءة فبينة البراءة أولى.

(الفتاوى): أقامت المرأة البينة على دار في يد الزوج أنها لها غصبها منها، وأقام الزوج بينة أنها داره اشتراها منها قيل يقضى بها للمرأة؛ لأن الدار والمرأة في يد الزوج فكانت هي خارجية وقيل يقضى بها للزوج؛ لأنه لا تنافي بين البينتين فبينة الغصب أولًا ثم الشراء آخرًا فتقبلان.

(الجامع): أصله أن البينتان إذا تعارضتا وتقابلتا ولا تاريخ بينهما تهاترتا عندهما؛ لأنه إذا لم يعرف سبق أحدهما هدر العمل بهما، ولا يجوز إثبات سبق أحدهما تحرزًا لجواز العقد؛ لأن ذلك ظاهر حيال المتصرف مع جواز أن يكون الأمر بخلافه والثابت بظاهر الحال يصلح حجةً للدفع ولا يصلح حجة للاستحقاق على الغير، ومتى تعذر القضاء بالبينتين تهاترتا، وعند محمد تصحح العقود ما أمكن؛ لأن الأصل في الحجج إعمالها واعتبارها لا إهمالها وإهدارها وقد أمكن هنا إعمالها

تصحح العقود مترادفة متعاقبة لما تبين تصويرها وتكوينها؛ لأن تصحيح تصرف العاقل المتدين واجب وتنزيهه عن العيب والفساد لازم.

ثم المسائل مشتملة على أقوال: **أحدها**: في المنازعة بين الخارج وذي اليد، **والثاني**: في المنازعة بين الخارجين ثم في المنازعة بين الخارجين وذي اليد.

(فصل)

مسائله على قسمين: إما أن شهد كل واحد من البينتين بالشراء دون القبض أو شهدوا بهما جميعًا.

(أما القسم الأول) دار في يد رجل أقام رجل البينة أنها داره اشتراها من ذي اليد بألف وأقام ذو اليد البينة أنها داره اشتراها من المدعي بألف تهاترت البينتان عندهما؛ لأنه تعذر القضاء بهما لتعذر تقديم أحد الشراءين على الآخر، وقال محمد: يقضى بهما فيجعل كأن صاحب اليد اشترى أولًا وقبض ثم باع من الخارج ولم يسلم إليه فيؤمر بالتسليم إليه، فإن قامت البينتان على نقد الثمن فلا سبيل لواحد منهما على صاحبه، وإن لم يقم صار الثمنان قصاصًا والدار للخارج.

(وأما القسم الثاني) لو زكى كل بينة قبض الدار والمسألة بحالها تهاترت البينتان عندهما وتركت الدار في يد ذي اليد وعند محمد يقضى بهما فيجعل القبض المعاين لأحدهما آخر القبضين ويجعل ذو اليد آخر المشترين ويجعل كأن الخارج اشترى أولًا وقبض ثم باعها من ذي اليد وقبض فيقضى بالدار له، ولو أقام الخارج البينة أنه اشتراها من ذي اليد بخمسمائة درهم وأقام ذو اليد البينة أنه اشتراها من الخارج بألف ولم يتعرضوا للقبض بطلتا عندهما، وعند محمد يجعل لذي اليد؛ لأنه يجعل القبض المعاين أول القبضين وصاحبه صاحب أول العقدين؛ لأن في تقديم أحد الشراءين إفراد الآخر فأما متى قدمنا شراء ذي اليد يصير كأنه اشتراه أولًا بألف وقبضها ثم باعها بخمسمائة قبل نقد الثمن فيصير الخارج مشتريًا ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن فلم يصح شراؤه ومتى قدمنا شراء الخارج يصير بائعًا المبيع العقار قبل القبض، فإنه فاسد عنده إلا أنه ليس للخارج قبض مشاهد معاين فجعل

القبض المعاين لذي اليد أول القبضين تصحيحًا للعقدين؛ لأن العمل بالعيان أولى من العمل بما ليس بعيان.

ولو ذكر الشهود القبض تهاترتا عندهما، وعند محمد يجعل كأن صاحب اليد باع أولًا وسلم ثم اشترى آخرًا وقبض؛ لأن فيه تصحيح العقدين؛ لأنه يصير كأن الخارج اشترى أولًا بخمسمائة وقبض ثم باع من ذي اليد بألف وسلمه فيكون الثاني شراء ما باع بأكثر مما باع بعد القبض قبل نقد الثمن فيجوز.

ولو كان شراء الخارج بأكثر ولم يذكر الشهود المقبوض يجعل شراء ذي اليد أولًا ثم باع بأكثر بعد القبض فصح البيعان فيؤمر بتسليم الدار إلى الخارج وتصير الخمسمائة بمثلها قصاصًا وعلى الخارج خمسمائة أخرى.

ولو ذكروا التقابض تهاترتا عندهما، وعند محمد يجعل شراء ذي اليد أولًا؛ لأن في تقديم شراء ذي اليد تصحيح العقدين؛ لأنه يصير الخارج مشتريًا ما باع بأكثر مما باع عنده وفي تقديم شراء الخارج إفساد أحدهما وهو شراء ذي اليد؛ لأنه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن فكان تقديم شراء ذي اليد أولى.

(فصل)

خارجان تنازعا في دار في يد ثالث وادعى كل واحد منهما البيع من صاحبه فأقاما البينة تهاترت البينتان عندهما ولا يقضى بشيء استحسانًا، والقياس أن يقضى بالدار بينهما؛ لأن البينتان قامتا على إثبات البيع وإثبات الملك في جميع الدار ولا يمكن القضاء بإثبات البيعين؛ لأنه لما جُهل التاريخ بينهما يجعل كأنهما وقعا معًا ولو وقعا معًا بطلا لاستحالة كون الشخص الواحد في وقت واحد لشيء واحد بائعًا ومشتريًا فلا تقبل البينتان على إثبات البيع وتقبل على إثبات الملك لهما كما لو أقام كل واحد البينة على أن الدار له ولم يدّع البيع يقضى بالدار بينهما فكذا هذا، وجه الاستحسان: أن كل فريق نسب نفسه إلى السهو والغفلة؛ لأن الفريقين اتفقا على أن البيعين كانا في وقتين إلا أنهما جهلاه ونسياه، وشهادة المغفل لا تقبل كما لو شهدا أن فلانًا أعتق عبده وسماه إلا أنا نسينا ذلك فكذا هذا، وعنده يقضى بالدار بينهما،

وشراء كل واحد منهما النصف من صاحبه والثمن قصاص؛ لأن القضاء بالعقدين غير ممكن؛ لأن أحدهما إذا اشترى من صاحبه لم يصح بيعه قبل القبض فيقضى بشراء واحد فصار كأن كل واحد منهما باع نصفها واشترى منه نصفها، ويجوز أن يكون كل واحد بائعًا ومشتريًا لشيئين في وقت واحد، ولو ذكروا القبض وكذلك عندهما وعنده الدار بينهما نصفان ولكل واحد على صاحبه جميع الثمن؛ لأنه لم يستحق على كل واحد منهما شيء من المبيع.

وذكر محمد وله الخيار، والصحيح أن لا خيار له؛ لأن كل واحد أثبت على صاحبه الشراء في الكل إلا أن النصف منه إنما استحق على كل واحد منهما بيعه من صاحبه، فإن كل واحد صار بائعًا نصفه من صاحبه، فلم يثبت في حق كل واحد إلا شراء النصف فلم يستحق على كل واحد شيء من المبيع، وصار كمن اشترى عبدًا ثم باع نصفه من غيره لا يثبت للمشتري الخيار فكذا هذا بخلاف ما لو ادعى كل واحد الشراء على ذي اليد فأقاما البينة قضي بينهما ويخير كل واحد؛ لأن كل واحد منهم أثبت على صاحب اليد الشراء في الكل فصار في حق المدعى عليه الملك ثابتًا في الكل ثم استحق عليه نصفه ببينة خصمه فيثبت الخيار بسبب الاستحقاق، وبخلاف البيع فله الخيار فيه؛ لأن كل واحد من المدعيين في البيع معترف بالخيار لخصمه؛ لأنه يقول بعته الكل ولم يسلم له إلا النصف فيثبت الخيار باعترافه، وفي الشراء كل واحد منكر البيع من صاحبه فلم يعترف بالخيار فلم يثبت.

وإن ادعى أحدهما البيع من صاحبه بألف وادعى الآخر بخمسمائة لم يقض بشيء عندهما ذكرا قبضًا أم لا، وعند محمد: إن ذكرا القبض جعل كأن البائع باع بخمسمائة أولًا ثم باعه صاحبه بألف وسلم لأنا متى قدمنا البيع بأكثر على البيع بأقل بطل البيع بأقل؛ لأنه صار مشتريًا ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، ومتى قدمنا البيع بأقل صح البيعان؛ لأن الثاني صار مشتريًا ما باع بأكثر مما باع وذلك جائز فكان تقديم ما فيه تصحيح للعقدين أولى فتصير الخمسمائة قصاصا.

ويؤمر من عليه الألف، بأداء خمسمائة أخرى، فإن لم يذكروا القبض لم يصح القضاء بالبيعين لأنا أيهما قدمناه لم يصح بيع الآخر؛ لأنه باع ما لم يقبض فقضينا

ببيع واحد منهما وخيرنا كل واحد منهما؛ لأن كل واحد باع من صاحبه جميع العبد ولم يسلم له إلا النصف.

(فصل)

أصله: أن البينة إذا شهدت بالعقد لا بالقبض، فإنه يجعل القبض المعاين لأحدهم أول القبوض بحكم عقود مشتبهة ويجعل صاحب القبض أول المشترين تصحيحًا للأشرية وتنزيهًا لها عن الفساد، وإذا شهدت البينة بالعقد والقبض جميعًا يجعل القبض المعاين المشاهد آخر القبوض بحكم عقود مشتبهة ويجعل صاحب القبض آخر المشترين؛ لأن القبض متى ظهر عقيب عقد، فإنه يحال القبض على العقد؛ لأنه ظهر عقيب سببه والحكم متى ظهر عقيب سببه يحال بالحكم عليه كمن جرح رجلًا ومات يحال بالموت على الجرح إلا إذا كان في جعله آخر القبوض إفساد بعض العقود، فإنه يجعل أول القبوض تصحيحًا للعقود.

دار في يد رجل يسمى محمدًا أقام بكر البينة على الشراء من هذه المرأة بألف وأقامت المرأة البينة على الشراء من بكر بألف وأقام ذو اليد البينة على الشراء من بكر ولم يذكروا القبض فبينة محمد مقبولة ويقضى بالشراء من بكر وبينة بكر والمرأة باطلتان عندهما؛ لأن كل واحد منهما ادعى الشراء من جهة صاحبه ولم يؤرخا فتعارضتا فتهاترتا وتدافعتا فصار كأنهما لم يقيما البينة أصلًا، وإنما تفرد محمد بإقامة البينة ولا دافع لبينته؛ لأنه لم يدع أحد الشراء من جهته فتقبل بينته، وعند محمد يقضى بشراء بكر من المرأة ويشتري محمد من بكر ولا يقضى بشراء المرأة؛ لأن الدار وإن كانت في يد محمد حقيقة ولكنها في يد بكر حكمًا؛ لأن محمدًا اعترف بأن اليد والملك في هذه الدار كانت لبكر؛ لأنه ادعى تلقي الملك من جهته فيكون معترفا له باليد فصار كما لو كانت الدار لبكر حقيقة فيجعل القبض المعاين أول قبض يحكم هذه الأشرية ويقدم شراء بكر من المرأة فيجعل كأن بكرًا اشترى أولًا من المرأة وقبض ثم ادعى محمد والمرأة الشراء من بكر وأقاما البينة فيكون صاحب اليد أولى.

ولو كانت الدار في يد بكر والمسألة بحالها فكذلك عندهما، وعند محمد يقضى بشراء بكر من المرأة ثم يتنازع فيها محمد والمرأة وهما خارجان فيقضى بينهما ويخيران.

ولو كانت الدار في يد المرأة لا يقضى بشيء عندهما قيل: ينبغي أن يقضى بشراء بكر على المرأة ثم بشراء محمد من بكر؛ لأن بيع العقار قبل القبض جائز عندهما قلنا امتناع جواز شراء محمد من بكر لعدم الملك لا لعدم القبض؛ لأن بينة بكر على المرأة لما بطلت عندهما للتعارض والتهاتر لم تثبت لبكر ملكًا بالبينة ولا بإقرار المرأة؛ لأنها إن كانت تدعي أنها تلقت الملك من بكر فبكر أقر بمثل ذلك للمرأة أيضًا فبطل إقرارهما وبينتهما للتعارض والتدافع، وإذا لم يثبت الملك لبكر صار بائعًا من محمد ما لا يملكه فلم يصح، وعند محمد يقضى بشراء المرأة أولًا من بكر ثم بشراء بكر منها ولا يقضى بشراء محمد؛ لأن عنده القبض المعاين يجعل أول القبوض بحكم الشراء فصار كأنها اشترت أولًا من بكر وقبضته ثم باعت من بكر ولم يسلم إليه فيؤمر بالتسليم إليه ثم بكر صار بائعًا من محمد ما اشترى قبل القبض وعنده بيع العقار قبل القبض لا يجوز، وإذا شهدوا بالأشرية والقبوض جميعًا والمسألة بحالها، فإن كانت الدار في يد محمد فعندهما يقضى بشراء محمد وتهاترت بينة بكر والمرأة؛ لأن بينتهما متعارضة متدافعة وبينة محمد خلت عن المعارضة، وعند محمد يقضى بالعقود كلها؛ لأنه يجعل القبض المعاين آخر القبوض بحكم الشراء فيجعل كأن المرأة اشترت أولًا من بكر وقبضت ثم باعت من بكر وقبض ثم باع من محمد وقبض فتجوز الأشرية كلها ويقضى بالأثمان كلها، فإن كانت الدار في يد بكر فعندهما بينته وبينة محمد مقبولة، وعند محمد يقضى بجواز التنوع كلها فيجعل كأن المرأة اشترت أولًا من بكر وقبضت ثم باعت من بكر وقبض ثم باع بكر من محمد ولم يسلم فترد الدار على محمد، وإن كانت الدار في يد المرأة عندهما يقضى بشراء بكر من المرأة ثم يشري محمد منه فتقبل بينة بكر ولم تقبل في الفصلين الأولين، والفرق لهما أن هنا لو لم تقبل بينة بكر لا يجوز شراء محمد من بكر؛ لأن الدار ليست في يده حقيقة ولا حكمًا لما بينا فكان

في قبول بينته جواز شراء محمد فترجحت بينة بكرَ على بينة المرأة فقبلت، وفي الفصلين الدار في يد بكر حقيقة أو حكمًا لإقرار محمد أن اليد في هذه الدار كانت لبكر لما ادعى تلقي الملك من جهته فجاز شراء محمد من بكر من غير بينة فكانت بينة بكر مساوية لبينتها فتهاترتا، حر في يده عبد أقام مكاتب البينة أنه عبده باع من هذه المرأة بألف وأقامت المرأة البينة على البيع من المكاتب بعشرة أكرار حنطة وأقام الحر البينة أنه اشتراه من المكاتب بهذا الوصف وشهدوا بالأشرية دون القبوض فعندهما يقضى للحر وتبطل بينة المرأة والمكاتب للتعارض وتفرد الحر بإقامة البينة، وعند محمد يقضى ببيع المرأة من المكاتب ثم المكاتب من الحر، وبينة المكاتب على بيعه من الحر باطلة؛ لأن الحر بينته تثبت الملك لنفسه والمكاتب بينته تثبت الملك لغيره فكانت بينة الحر أولى؛ لأنه أشبه بالمدعيين ولأن يد الحر كيد المكاتب لما ادعى الشراء وتلقي الملك منه فيجعل قبض المكاتب أول القبضين بحكم البيعين المشتبهين، وإنما يكون قبضه أول القبضين إذا كان بيع المرأة سابقًا على بيع المكاتب فيقضى ببيع المرأة منه أولًا، ثم الحر والمكاتب ادعيا الشراء من المرأة وللحر قبض معاين فكان أولى.

ولو كان العبد في يد المكاتب يقضى بشراء الحر عندهم وكذلك عند محمد؛ لأن عنده يقضى ببيع المرأة من المكاتب أولًا؛ لأن قبض المكاتب يجعل أول القبضين بحكم البيعين المشتبهين فوجب تقديم بيع المرأة منه ثم ينازع المكاتب والحر فتكون بينة الحر أولى؛ لأنه يثبت الملك لنفسه والمكاتب يثبت الملك لغيره وهي المرأة، وإن كان في يد المرأة لا يقضى بشيء عندهما لتهاتر بينة المرأة والمكاتب؛ لأن كل واحد منهما ادعى على صاحبه مثلما ادعى صاحبه عليه ولما بطلت بينتهما صار المكاتب بائعًا من الحر ما لا يملكه أو صار بائعًا المنقول قبل القبض فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولعدم القبض، وعند محمد يقضى ببيع المكاتب من المرأة ثم يبيعها منه ثم لا يصح بيعه من الحر؛ لأنه يجعل كأن المكاتب باع من المرأة أولًا وقبضه ثم باعت من المكاتب ولم يسلم إليه فتؤمر بالتسليم إليه فيبطل بيع المكاتب من الحر؛ لأنه بيع قبل القبض، وإذا شهدوا بالأشرية والقبوض جميعًا

والعبد في يد الحر فعندهما بينة المرأة والمكاتب باطلتان لأنهما متهاترتان وبينة الحر مقبولة؛ لأن الحر ادعى تلقي الملك من المكاتب فكان مقرًا أنه استعاد الملك والقبض من جهته فصار كونه في يد الحر لكونه في يد المكاتب فيجوز بيعه من الحر فصار كأن الحر تفرد بإقامة البينة، وعند محمد البينتان كلها مقبولة والعقود بالصحة محكومة ويؤمر المكاتب بتسليم العبد إلى الحر؛ لأن الشهود متى شهدوا بالأشرية والقبوض يجعل القبض المعاين آخر القبوض والقبض المعاين للحر فيجعل قبضه آخر القبوض فيجعل كأن المكاتب باع أولًا من المرأة وقبضت، ثم المرأة باعت من المكاتب وقبض، ثم المكاتب من الحر وقبض؛ لأن فيه صحة العقود، وإن كان في يد المكاتب قضي به للحر عندهما، وعند محمد يقضى بالعقود كلها على ما وصفنا ويؤمر بتسليم العبد إلى الحر، وإن كان في يد المرأة عندهما يقضى ببيع المرأة من المكاتب ثم المكاتب من الحر؛ لأن في بينة المرأة زيادة إثبات؛ لأن بينتها تثبت حقًا للحر وهو جواز شرائه من المكاتب؛ لأنه لا يجوز شراء الحر من المكاتب ما لم يثبت بيع المرأة من المكاتب؛ لأنه يصير بائعًا ما لا يملكه وما ليس في يده فترجحت بينتها على بينة المكاتب فصارت أولى بالقبول وبطلت بينة المكاتب، وعند محمد يقضى بالعقود كلها ويجعل كأن المكاتب باعها وسلم ثم المرأة منه ثم المكاتب ثم الحر ثم وصل إلى يد المرأة فيجب نقض قبضها فقد ترك محمد أصله في هذه المسألة، فإنه لم يجعل القبض المعاين آخر القبوض بحكم البيع؛ لأن عنده إنما يجعل القبض المعاين آخر القبوض إذا كان فيه تصحيح العقود كلها، وهنا متى جعلنا القبض المعاين للمرأة آخر القبوض فسد بيع المكاتب من الحر؛ لأنه صار بائعًا المنقول قبل القبض فجعلنا ترتيب البيوع على المنهج الذي ذكرنا تصحيحًا للبيوع كلها ولو كان الحر يدعي البيع من المكاتب بمائة دينار، والمسألة بحالها وهو في يد الحر ولم يذكروا القبض يقضى ببيع الحر منه عندهما لتهاتر بينتي الآخرين وتدافعهما لاستوائهما في الإثبات، وإنما تفرد الحر بإقامة البينة أنه باعه من المكاتب بمائة دينار فتقبل وكذلك عند محمد؛ لأنه يجعل صاحب القبض المعاين وهو الحر صاحب أول العقدين؛ لأن القبض مما يؤكد البيع ويقدر

على تسليمه فقد باع الحر ما يقدر على تسليمه فصح والمكاتب والمرأة باعا ما لا يقدر على تسليمه فلم يصح فكان بيع الحر آكد وأثبت فكان القضاء بالمتأكد أحق، ولو كان في يد المكاتب فكذلك عندهما لتهاتر بينة المكاتب والمرأة ولتدافعهما ولتعري بينة الحر عن المعارضة والمدافعة، وعند محمد يقضى بالعبد للمكاتب نصفه من الحر ونصفه من المرأة بنصف الثمن ثم يقضى ببيع المكاتب منها كله؛ لأن الحر والمرأة خارجان وقد استويا في إقامة البينة على بيعهما من المكاتب فيقضى بالعبد كله للمكاتب ويؤمر بتسليمه إلى المرأة؛ لأن المكاتب أثبت بيعه منها بالبينة العارية عن المعارضة ولا خيار للمكاتب في البيعين الأوليين؛ لأنه خرج عن ملكه ببيعه من المرأة فسقط خياره، وإنما قدم بيع الحر والمرأة؛ لأن القبض المعاين للمكاتب فيجعل قبضه أول القبوض بحكم البيع، وإنما يصير قبضه أول القبوض إذا قدمنا بيع الحر والمرأة من المكاتب فصار كأنهما باعا العبد من المكاتب وقبضاه، وإن كان في يد المرأة قضى ببيع الحر من المكاتب عندهما وكذلك عند محمد؛ لأن الحر والمرأة أقاما البينة على البيع من المكاتب والحر خارج والمرأة صاحبة اليد فكانت بينة الخارج أولى ولو ذكروا القبض والمبيع في يد الحر قضي ببيعه من المكاتب ويسلم إليه لكونه غصبًا في يد الحر عندهما وعن محمد كذلك؛ لأنه يجعل كأن الحر باع من المكاتب والمكاتب باع من المرأة ثم المرأة من المكاتب وسلمت إليه ثم عاد إلى يد الحر بالوديعة أو الغصب فيؤمر بتسليمه إلى المكاتب؛ لأنه يقدر أن يجعل القبض المعاين هنا آخر القبوض بحكم البيع؛ لأن في تقديم بيع الحر جواز البيوع كلها، وفي تقديم بيع المرأة أو المكاتب فساد بيع الحر؛ لأنا متى قدمنا بيع المكاتب أو المرأة يصير الحر مقضيًا عليه ببينة المرأة أو المكاتب والمقضي عليه لا يقبل بينة على ملك مطلق فيصير بائعًا ما لا يملكه فلا يجوز فصار تقديم بيع الحر أولى ولأن بيع الحر آكد؛ لأنه متأكد بقبضه بالحبس والعيان، وللمكاتب والمرأة قبض بالجبر والبيان، والثابت بالمشاهدة والعيان فوق الثابت بالجبر والبيان. كرجلين أقاما البينة على الشراء والقبض من واحد ولأحدهما قبض معاين كان هو أولى، كذلك إن كان في يد المكاتب عندهما وكذلك عند محمد؛

لأنه يجعل كأن الحر باع من المكاتب أولًا وسلمه إليه ثم باع المكاتب من المرأة وسلم إليها ثم باعت المرأة من المكاتب وسلمت إليه فأمكن أن يجعل القبض المعاين أولى القبوض مع جواز البيوع، وإن كان في يد المرأة يترك المبيع في يدها وتهاترت بينة المكاتب والمرأة ويقضى للحر على المكاتب بالثمن عندهما؛ لأن الحر لا يدعي حقًّا في العبد فلا حاجة إلى القضاء في العقد، وإنما يدعي الثمن على المكاتب ويمكنه أخذ الثمن من المكاتب من غير أن يسلم العبد إليه؛ لأنه قد سلم إليه مرة، وعند محمد يقضى بالعقود كلها؛ لأن في تقديم بيع المرأة فساد العقود، وفي تقديم بيع الحر من المكاتب جوازها فكان تقديم بيع الحر أولى. دار في يد حر أقام البينة أنها داره باعها من المكاتب بألف وأقام المكاتب البينة أنها داره باعها من هذه المرأة بألف وأقامت المرأة أنها باعتها من الحر بألف ولم يذكروا القبض تهاترت البينتان كلها عندهما.

وكذلك لو أقاموا البينة على القبض أيضًا؛ لأن كل واحد منهما انتصب بائعًا ومشتريًا ومدعيًا ومدعى عليه في وقت واحد؛ لأنه متى جهل التاريخ بينهما يجعل كأنهما وقعا معًا والواحد لا يصلح بائعًا ومشتريًا في وقت واحد، وعند محمد إذا لم يذكروا القبض يقضى ببيع المرأة من الحر وببيع الحر من المكاتب، وإذا ذكروا القبوض يقضى بالعقود كأن الحر باع من المكاتب ثم المكاتب من المرأة ثم المرأة من الحر فيكون قبض الحر آخر القبوض بحكم البيع مع تصحيح البيوع كلها فكان هذا أولى.

ولو أقام الحر البينة على الشراء من المكاتب بألف والمكاتب على الشراء من المرأة والمرأة من الحر بألف فالبينات متهاترة متباطلة عندهما ذكروا القبض أم لا؛ لأن كلّ واحد منهما حصل بائعًا ومشتريًا في وقت واحد وفيه تضاد، وعند محمد إن لم يذكروا القبض قضي بشراء الحر من المكاتب وقبضه؛ لأن القبض المعاين يجعل أول القبوض ثم بشراء المرأة من الحر ولم يقبض فيكون شراؤها صحيحًا؛ لأنه صدر بعد قبض المبيع ولم يصح شراء المكاتب؛ لأنه وقع قبل قبض المرأة المبيع، وإذا ذكروا القبض يصحح الكل كأن المرأة اشترت أولًا من الحر ثم المكاتب من

المرأة ثم الحر من المكاتب ثم الحر قبض معاينًا فيجعل الحر آخر المشترين. أمة في يد رجل أقام ذو اليد البينة أنه اشتراها من هذا بألف وقبضها وأقام المدعى عليه البينة على الشراء منه بخمسمائة والقبض وأقام آخر البينة على الشراء أو القبض من ذي اليد بألف يقضى له عندهما وتهاترت بينة الأوليين للتعارض والتدافع ويقضي للذي لا معارضة في حقه، وعند محمد يقضى بشراء ذي اليد من الذي ينازعه أول مرة، ثم يقضى بشراء المدعيين من ذي اليد، ويخير المشتريان لأنا لو بدأنا بشرائهما من ذي اليد وجب القضاء به بينهما ثم لا يصح شراء ذي اليد الأمة كلها من أحدهما، وإذا جعلنا كما قلنا صح شراؤهما فكان هذا أكثر تصحيحًا فكان أولى.

(باب الرجلان يقيمان البينة على شيء في أيديهما)

(**المبسوط**): رجلان في أيديهما دابة أو متاع فأقام كل واحد منهما بينة على أنه له يقضى لكل واحد بما في يد الآخر؛ لأن كل واحد خارج عما في يد الآخر فهو اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد والدعوى في الملك المطلق فتكون بينة الخارج أولى.

وإن أقام كل واحد منهما بينة أنه له يتجه في ملكه فهو بينهما نصفان؛ لأن في كل واحد من النصفين اجتمع بينة الخارج وبينة ذي اليد والدعوى في النتاج فتكون بينة ذي اليد أولى.

(**المنتقى**): دار في يدي رجلين أقام أحدهما البينة أن له نصف هذه الدار مقسومًا وأقام الآخر البينة أن له نصفها مشاعًا فالنصف لمدعي المقسوم والباقي بينهما؛ لأن مدعي المشاع كان في يده نصف مشاع فلا تقبل بينته فيه؛ لأنه صاحب اليد وتقبل فيه بينة صاحبه؛ لأنه خارج والنصف المقسوم في أيديهما وقد استويا في البينة.

قال محمد في رجلين في أيديهما دار فادعى أحدهما جميعها وادعى الآخر نصفها وأقاما البينة على ذلك فالدار لمدعي الجميع؛ لأن شهود مدعي النصف إنما شهدوا له بالنصف لمعاينتهم ومشاهدتهم الدار في يديه وفي يدي صاحبه.

ولو شهد شهود صاحب النصف أنها كانت ميراثًا بينهما نصفين من أبيهما وأقام آخر البينة على الجميع فالدار بينهم أرباعًا؛ لأنهم لما شهدوا على الميراث فقد شهدوا أن له النصف بما في يد صاحبه.

ولو شهدت إحدى البنتين على أنهما اشتريا من فلان بينهما نصفان وشهدت الأخرى على شراء الجميع فالدار بينهما نصفان؛ لأن البينتان تهاترتا وتكاذبتا في شراء الجميع فيبطل حق مدعي الجميع في الجميع. دار في يدي أخوين فادعى أحدهما ثلثها وادعى الآخر أنها ميراثًا بينهما من أبيهما فللمدعي كلها ثلاثة أرباعها وللآخر ربعها، وكذلك إن أقاما البينة على ما ادعيا؛ لأنه صار النصف الذي في يد مدعي الكل ميراثًا بينهما نصفان فالنصف الذي في يد مدعي الميراث لمدعي الكل، فإن أقام آخر البينة أنها داره فاستحقها ثم وهبها لمدعي الكل فلا شيء لأخيه فيها، فإن وهبها لمدعي الميراث أخذ أخوه نصفها؛ لأنه أقر أنها كانت ميراثًا بينهما.

(باب دعوى الرَّهْطِ ودعواهم مختلفة)

(المبسوط): مسائله على قسمين: إما أن كان المدعى به في يد غيرهم، أو في أيديهم.

أما القسم الأول: ادعى رجلان دارًا في يد ثالث ادعى أحدهما كل الدار والآخر نصفها وأقاما جميعًا البينة على ما ادعيا فعند أبي حنيفة لصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها وعندهما لصاحب الجميع ثلثاها ولصاحب النصف ثلثها؛ لأن عنده تقسم على طريق المنازعة، وعندهما على سبيل القول والمضاربة لما عرف دلائلهم في حساب الوصايا فالقسمة على طريق المنازعة أن تجعل الدار على أربعة أسهم لحاجتنا إلى حساب له نصف وينصفه نصف صحيح وأقل ذلك أربعة فتقول لا منازعة لمدعي النصف فيما زاد على النصف ويدعيه صاحب الجميع فيكون له نصف النصف الآخر وذلك سهمان استوت منازعتهما فيه فيقضى بهما نصفان لكل واحد منهم سهم.

وأما القسمة على طريق العول والمضاربة أن يضرب مدعي الجميع بالكل

وذلك سهمان ومدعي النصف بالنصف وذلك سهم فتصير الدار بينهما على ثلاثة أسهم.

وإن كانت الدار في أيديهما يقضى بالكل لصاحب الجميع؛ لأن مدعي النصف لا يدعي شيئًا مما في يد صاحبه؛ لأن نصفها في يده ومدعي الكل يدعي ما في يد صاحبه وكانت بينته أولى؛ لأنه خارج. دار منزل منها في يد رجل ومنزل منها في يد آخر ادعى أحدهما جميع الدار والآخر نصفها فلمدعي الكل ما في يده ونصف ما في يد الآخر؛ لأن مدعي النصف أقر بنصف ما في يده لصاحبه وصاحبه ينكر ما يدعيه ويصدقه فيما أقر به فيصح إقراره ولا يصح دعواه إلا ببينة فيؤمر بدفع نصف ما في يده إلى مدعي الكل.

ولو كانت الدار في أيديهما شائعًا كانت بينهما نصفان؛ لأنه ما أقر بشيء مما في يديه لصاحبه؛ لأنه أقر بنصف شائع وفي يده نصف شائع كما أقر به بخلاف الأولى؛ لأنه أقر بنصف الدار شائعًا فيكون مقرًا له بنصف شائع من الميراث الذي في يده؛ لأن هذا المنزل الذي أقر لصاحبه من ذلك نصف شائع كله في يده ليس شيء منها في يد صاحبه. دار سفلها في يد أحدهما والعلو في يد آخر وطريق العلو في الساحة فادعى كل واحد أن الدار له فالدار لصاحب السفل إلا العلو وطريقه، فإنه لصاحبه؛ لأن كل واحد يدعي ما في يده وما في يد صاحبه فيصدق فيما في يده ولا يصدق فيما في يد صاحبه إلا ببينة. دار في يد رجل ادعى رجل جميعها والآخر ثلثها وآخر نصفها وأقاموا البينة فعند أبي حنيفة لصاحب الجميع سبعة من اثني عشر ولصاحب الثلثين ثلاثة ولصاحب النصف سهمان، وعندهما الدار بينهما على ثلاثة عشر لصاحب الجميع ستة ولصاحب الثلثين أربعة، ولصاحب النصف ثلاثة، فالقسمة على طريق المنازعة أنه لا منازعة لصاحب الثلثين والنصف فيما وراء الثلثين وذلك أربعة أسهم، فيكون لصاحب الجميع ولا منازعة لصاحب النصف فيما وراء النصف إلى الثلثين وذلك سهمان فيكون بين صاحب الجميع والثلثين نصفان لاستوائهما في المنازعة فيه لكل واحد سهم بقي النصف وذلك ستة أسهم استوت منازعتهم فيها فيكون بينهم أثلاثًا لكل واحد سهمان فإما القسمة على طريق

العول والمضاربة أن يضرب مدعي الجميع بالكل وذلك ستة أسهم وصاحب الثلثين بالثلثين وذلك أربعة أسهم وصاحب النصف بالنصف وذلك ثلاثة أسهم فيصير ثلاثة عشر.

ولو كانت الدار في أيديهم ولا بينة لهم حلف كل واحد منهم على دعوى صاحبه، فإن حلفوا فالدار بينهم أثلاثًا؛ لأن كل واحد منهم قطع يمينه دعوى صاحبه فصار الحال فيما بعد الحلف كالحال قبله، وقبل الحلف الدار بينهم أثلاثًا لاستوائهم في احتواء اليد على الدار فكذلك بعد الحلف.

وإن حلف صاحب الجميع ونكلا فالدار لصاحب الجميع، فإنه يقضى نكولهما له، وإن حلف صاحب الثلثين ونكلا أخذ سدسها من صاحب الجميع وسدسها من صاحب النصف مع ما في يده وهو الثلث؛ لأنه قضي نكولهما له في الثلث مما في أيديهما.

وإن حلف صاحب النصف ونكلا فله ما في يده ويأخذ نصف سدسه من صاحب الجميع ونصف سدسه من صاحب الثلثين؛ لأنه بقي إلى تمام النصف السدس وذلك السدس في أيديهما نصفان.

ولو حلف مدعي الجميع ومدعي الثلثين ونكل مدعي النصف فعند أبي حنيفة يسلم المدعي الجميع نصف ما في يد صاحب النصف ومدعي الثلثين يدعي نصف ما في يده؛ لأن ثلث الدار في يده بقي إلى تمام دعواه الثلث وهما سهمان في أيديهما نصفان فيكون نصف الثلث في يد صاحب النصف فقد سلم نصف ما في يده لمدعي الجميع والنصف الآخر استوت منازعتهما فيه فيجعل بينهما نصفان فيقسم ما في يد صاحب النصف بينهما أرباعًا وعندهما يقسم أثلاثًا ثلث لمدعي الجميع وثلاثة لمدعي الثلثين لما عرف.

ولو حلف مدعي النصف ومدعي الكل ونكل مدعي الثلثين فعنده يقسم ما في يده على ثمانية أسهم لمدعي النصف سهم وسبعة لمدعي الكل أو عندهما يقسم أخماسًا خمسٌ لمدعي النصف وأربعة أخماسه لمدعي الكل على ما عرف.

ولو حلف مدعي النصف ومدعي الثلثين ونكل مدعي الجميع فبما في يده يقسم على أربعة أسهم، لمدعي النصف وسهمان لمدعي الثلثين ويبقى لمدعي الكل سهم بلا منازعة؛ لأن مدعي النصف يدعي ربع ما في يده وذلك سهم ومدعي الثلثين يدعي نصف ما في يده وذلك سهمان، فإن أقاموا جميعًا البينة أو نكلوا جميعًا فعند أبي حنيفة لصاحب النصف الثمن ولصاحب الثلثين الربع ولصاحب الجميع خمسة عشر من أربعة وعشرين، وعندهما يقسم على مائة وثمانين سهمًا لصاحب النصف سبعة وعشرين ولصاحب الثلثين خمسين ولصاحب الجميع مائة وثلاثة، فالقسمة على جميع طريق المنازعة؛ لأن مدعي الثلثين يدعي نصف ما في يد مدعي النصف ومدعي الكل يدعي جميع ما في يده فالنصف سلم لصاحب الكل بلا منازعة والنصف الآخر استوت منازعتهما فيه فينصف بينهما لهذا الثلاث على أربعة فصار كله اثني عشر، ثم مدعي النصف يدعي سهمًا مما في يد صاحب الثلثين وسهمًا في يد صاحب الكل لِتتم دعواه فقد سلم المدعي الكل ثلاثة أسهم بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهما فيه فينصف بينهما وقد انكسر بالنصف فأضعف ليزول الكسر فصار جميع الدار على أربعة وعشرين سهمًا في يد كل واحد منهم ثمانية أسهم، وإذا صححنا المخرج استؤنف الحساب. أما ما في يد صاحب النصف فمدعي الثلثين يدعي نصف ما في يد مدعي النصف وذلك أربعة بقيت أربعة أخرى تسلم لمدعي الجميع بلا منازعة، وأربعة استوت منازعتها فيها فيكون بينهما نصفان، فيكون لمدعي الجميع ستة ولمدعي الثلثين سهمان، وأما ما في يد صاحب الثلثين فمدعي النصف يدعي ربع ما في يده وذلك سهمان فستة أسهم تسلم لمدعي الكل بلا منازعة بقي سهمان استوت منازعتهما فيهما فينصف بينهما فيكون لكل واحد سهم فصار لمدعي الكل سبعة ولمدعي النصف سهم.

وأما ما في يد صاحب الجميع فصاحب النصف يدعي ربع ما في يده وذلك سهمان ومدعي الثلثين يدعي نصف ما في يده وذلك أربعة بقي سهمان تسلم له بلا منازعة فحصل المدعي الكل مما في يد مدعي النصف ستة ومما في يد مدعي الثلثين سبعة وبقي له مما في يده سهمان فجميع ذلك خمسة عشر وحصل المدعي

النصف مما في يد مدعي الثلثين سهم ومما في يد مدعي الكل سهمان وذلك ثلاثة وحصل لمدعي الثلثين مما في يد مدعي النصف سهمان ومما في يد مدعي الكل أربعة وذلك ستة.

وأما القسمة على طريق الْعَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ. أما ما في يد مدعي النصف فمدعي الثلثين يدعي نصف ما في يده فيضرب منهم سهم ويضرب مدعي الكل بسهمين وقد انكسر على ثلاثة.

وأما ما في يد مدعي الثلثين فمدعي النصف يدعي ربع ما في يده فيضرب هذا بسهم ومدعي الكل بأربعة فانكسر ما في يده على الخمس.

وأما ما في يد مدعي الكل فمدعي النصف يدعي ربع ما في يده، ومدعي الثلثين يدعي نصف ما في يده فانكسر الحساب على الثلث والربع والخمس فاضرب ثلاثة في أربعة فتكون اثني عشر ثم اضرب اثني عشر في خمسة فيصير ستين ثم اضرب ستين في ثلاثة؛ لأن الدار في أيديهم أثلاثًا فيصير مائة وثمانين كل ثلث بستين فثلث ما في يد مدعي النصف لمدعي الثلثين وذلك عشرون وثلثاه لمدعي الكل وذلك أربعون، وخمس ما في يد مدعي الثلثين لمدعي النصف وذلك اثني عشر وأربعة أخماسه لمدعي الكل وذلك ثمانية وأربعون ونصف ما في يد مدعي الكل لمدعي الثلثين وذلك ثلاثون وربعه لمدعي النصف وذلك خمسة عشر فحصل لمدعي الجميع مرة أربعون ومرة ثمانية وأربعون وبقي في يده خمسة عشر فجميع ذلك مائة وثلاثة أسهم وحصل لمدعي الثلثين مرة عشرون ومرة ثلاثون وذلك خمسون وحصل لمدعي النصف مرة اثنا عشر ومرة خمسة عشر وذلك سبعة وعشرون.

دار في يد ثلاثة ادعى أحدهم النصف والآخر الثلث والآخر السدس وتجاحدوا فيما بينهم يترك لصاحب النصف والثلث بما في أيديهما ويترك الثلث الذي في يد مدعي السدس نصفه له ونصفه موقوف؛ لأنه أقر أن سدس الدار قضي له وأنه في يده فتصدق فيما ادعى وأقر أن السدس الآخر ليس له ولكن لم يقر به لصاحب النصف نصًا ولا ضرورة؛ لأنه ليس من ضرورة أن لا يكون لمدعي النصف أن يكون لمدعي النصف لجواز أن يكون لغيره فكان موقوفًا في يده إلى أن يقيم

صاحب النصف البينة عليه فكان بمنزلة ثوب في يد إنسان ادعى رجل أنه له وقال ذو اليد ليس لي ولا له لا يدفع إلى المدعي حتى يقيم البينة؛ لأن ذا اليد لم يقر له فكذا هذا.

فإن قامت البينة لصاحب النصف أخذ من يد كل واحد نصف سدس حتى تم له نصف الدار؛ لأنه ادعى نصف السدس مما في يد كل واحد منهما؛ لأنه ادعى نصف الدار شائعًا فيكون مدعيًا سدسًا شائعًا في جميع الدار. وفي بعض التعاليق بأن الاستحقاق يكون في السدس الموقوف، وبه قال بعض مشايخنا بناء على ما ذكره في (**الزيادات**): باع نصف الدار وأودعه النصف الآخر ثم استحق نصف الدار يجعل من الوديعة فكذا هذا.

(**المنتقى**): أقام رجل البينة على دار في يد رجل أنه اشترى منه ثلثها بمائة دينار وأقام آخر البينة أنه اشترى نصفها بألف درهم، فعند أبي حنيفة لصاحب الثلثين السدس خاصة والباقي بينهما نصفان فيكون له ثلاثة أسداس ونصف سبعة أثمان الثمن؛ لأنه نقص من الثلثين الثمن والآخر سدسان ونصف بخمسة أسداس الثمن؛ لأنه نقص من حقه سدس النصف وعندهما لصاحب الثلثين أربعة أسباع الدار بستة أسباع الثمن؛ لأنه نقص من الثلثين سبع فيحط من الثمن سبع والآخر ثلاثة أسباع الدار بستة أسباع الثمن إذا رضي كل واحد منهما أن يأخذ ذلك. رجل أقام بينة على دار في يد رجل أنها له وأقام آخر أنها له ولصاحب اليد اشترياها من فلان وقبضاها منه وهو يملكها يكون ثلثاها لمدعي الجميع وثلثها لمدعي النصف بخلاف ما لو ادعى أجنبي أنها كلها له وادعى أخو صاحب اليد أنها بينه وبين صاحب اليد ميراثًا لهما من أبيهما يقضى للأجنبي بثلاثة أرباعها وللأخ بربعها، والفرق أن الوارث ينصب خصمًا عن جميع الورثة وعن الميت يقضى له بحصته مما يستحقه الميت بتلك الشهادة وهو النصف.

ولو لم يكن له في الميراث شريك يقضى له بنصف الدار على ملك الميت، فإذا أقر أن له شريكًا يقضى له بالربع فأما في الشراء ولا يكون أحدهما خصمًا عن الآخر فتقبل بينته على ما ادعاه لنفسه وهو ادعى النصف والأجنبي ادعى الكل ويخرجه على نحو ما مر. ثلاثة أخوة في أيديهم دار فأقام أحدهم البينة على أنها

داره اشتراها من فلان وأقام الآخر البينة أنها كانت لأبيهم وتركها ميراثًا لهم والرابع غائب، فإنه يقضى بثلثها لمدعي الشراء مما في يد الآخرين ويقضى بنصف الثلث الذي في يد مدعي الشراء للابن وبربعه له ويوقف ربع الغائب.

ولو كان الرابع حاضرًا وأقام هؤلاء الثلاثة البينة أن الدار بينهم وبين مدعي الدار أرباعًا اشتروها من فلان أرباعًا، فإنه لا تقبل بينة مدعي الدار كلها؛ لأنه لما قامت عليه البينة أنه اشتراها مع إخوته الثلاثة أرباعًا فقد أقر بذلك فصار كأنه أقر أن الدار بينهم أرباعًا. ثلاثة نَفَرٍ في أيديهم قلنسوة ادعى أحدهم قطنها وادعى الآخر بطانتها وادعى الآخر كلها وأقام كل واحد البينة على دعواه فالقلنسوة كلها لمدعي الكل ويضمن لمدعي البطانة نصف قيمة البطانة ويضمن لمدعي القطن مثل نصف ما فيها من القطن؛ لأن مدعي الكل استحق ظهارتها والقطن والبطانة تكون في أيدي الثلاثة ومدعي كل واحد منهما اثنان فلا تقبل بينة كل واحد منهما على الثلاث الذي في يده ويقبل على ما في مدعي صاحبه فصار القطن بين مدعي القلنسوة ومدعي القطن نصفان وقد صار مستهلكا في القلنسوة فضمن.

وكذلك البطانة صارت بين مدعي القلنسوة ومدعي البطانة نصفان؛ لأنه لم يدع ظهارتها وقد صارت البطانة مستهلكة في قلنسوته فضمن نصف قيمته.

(باب دعوى النتاج وما هو في معناه)

(**المبسوط**): فيه فصلان:

أحدهما: في معرفة النتاج.

والثاني: في إقامة البينة على النتاج وعلى سببه.

(فصل)

النتاج عبارة عن أولية الملك؛ لأن الملك للناتج ثبت أولًا لا يسبقه أحد في الملك فكل سبب يشعر بأولية الملك كان بمنزلة النتاج، وما لا فلا.

وكل ما لا يتكرر فيه سبب الملك ولا يصنع مرتين فهو كالنتاج؛ لأنه لا يتصور

التملك على ذي اليد بذلك السبب، وكل ما يتكرر فيه سبب الملك ويصنع مرتين لم يكن بمعنى النتاج؛ لأنه يحتمل التملك على ذي اليد بأن نقضه الخارج أو كسره أو أفسده ثم صنعه مرة أخرى فيصير متملكًا عليه ملك الصنعة.

وإن كان مشكلًا هل يتكرر أو لا يتكرر؟ فيه روايتان في رواية أبي حفص أنه ألحقه بما يتكرر؛ لأنه وقع الشك في ثبوت أولية الملك فوقع الشك في معنى النتاج فلم يلحق به، وفي رواية أبي سليمان ألحقه بما لا يتكرر؛ لأنه إن كان مما يتكرر صناعته يجب نقض يده.

وإن كان مما لا يتكرر لا يجب نقض يده ولا تنقض يده بالشك، والبناء وغرس الشجر والقطن الثابت وزرع الحنطة والحبوب يتكرر. قالوا: وتأويل هذا بأن زرع ذو اليد الحنطة في أرضه وصار حبًا ثم غصب الخارج ذلك الحب وزرعه في أرضه فخرج منه حنطة فكانت الزراعة مكررة في أصل هذه الحنطة وهذه غير الحنطة الأولى حكمًا؛ لأن سبب وجودها الحنطة الأولى وتشوية اللحم وكتابة المصحف واختطاط الدار وضرب اللبن والخياطة والقطع والحشو والصياغة تتكرر؛ لأن اللحم يشوى ولا يبالغ في النضج ثم يشوى مرة أخرى ويبالغ في النضج، والمصحف واللوح يكتب عليه ثم يذهب أثره ويندرس بمضي الأزمنة فيكتب ثانيًا والملك بسبب الأخياط مما يتكرر، فإن الغانمين إذا فتحوا بلدة وقسموها فيما بينهم ثم ارتدوا أو غلبوا عليها بأهل الحرب ثم فتح ثانيًا، فإنه يقسم ثانيًا والملك الثابت للمسلم بالاستيلاء أولية الملك للكافر؛ لأنه زالت يده عنه حقيقة وحكمًا بالاستيلاء فكان الثابت للمسلم أولية الملك، ألا ترى أن النسخ فيما يتكرر من الغاصب سبب أولية الملك في المنسوخ.

وإن كان مملوكًا لغيره من قبل؛ لأن سبب أولية الملك للأول وهو النسخ قد زال بالنقض فيثبت للثاني أولية الملك، والخياطة تفتق ثم تخاط مرة أخرى والقطع يتكرر في موضع آخر إن كان لا يتكرر به في الموضع الأول، فإن الواسع يضيق والضيق يوسع وذلك كافٍ للملك في الخياطة وإحساء الخبز والطحن والعصير وجز الصوف وغزل القطن لا يتكرر، والنسج في الثوب المتخذ من غزل القطن

والإبريسم لا يتكرر، وفي الثوب المنسوج من الصوف والشعر يتكرر؛ لأنه ينقض فينسج مرة أخرى.

صوف في يد رجل فادعى خارجي أنه صوفه جزّ في ملكه وأقام ذو اليد كذلك قضي لذي اليد؛ لأن الجز مما لا يتكرر فكان بمعنى النتاج ومتى استحق أصل الولد قضي له بالأصل والولد جميعًا ولم ينظر إلى ادعاء ذي اليد نتاج الولد، كدابة لها نتاج ولد في يد رجل فأقام الخارج البينة أنها دابته وولدها نتج في ملكه وأقام ذو اليد كذلك قضي بها وولدها للخارج.

وكذلك لو تعارضت البينتان في الشاة والصوف المجزوز منها قضي بهما للخارج؛ لأن دعواهما في الأم دعوى مطلق الملك؛ لأنهما لم يذكرا للأم نتاجًا ولا شيئًا من أسباب الملك، وفي مطلق الملك الخارج أولى فاستحق الشاة ومعها الولد والصوف؛ لأنه يظهر أن ولادة هذا الولد وجزّ هذا الصوف كان في ملكية ذي اليد.

(فصل)

رجل ادعى حيوانا في يد آخر أنه ملكه نتج في ملكه وأقام البينة وأقام ذو اليد البينة أنه ملكه نتج في ملكه قضى لذي اليد استحسانًا لما روى جابر بن عبد الله: أن رجلًا ادعى ناقة في يدي رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يديه، وهذا حديث مشهور رواه ثقات بأسانيد متصلة فصارت مسألة النتاج مخصوصة بهذا الحديث عن الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام: "**الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**"(١).

والقياس الخفي يدل عليه وهو أن دعوى النتاج دعوى أولية الملك واليد لا تدل على أولية الملك بل تدل على الملك المطلق فاستوت البينات في إثبات أولية

---

(١) أخرجه البيهقي (١٢٣/٨، رقم ١٦٢٢٢)، وابن عساكر (٢٦/٧). وأخرجه أيضًا: الدارقطني (١١١/٣). قال المناوي (٢٢٥/٣): فيه مسلم الزنجي قال في الميزان عن البخاري: منكر الحديث، وضعفه أبو حاتم، وقال أبو داود: لا يحتج به ثم أورد له أخبارًا هذا منها، ورواه الدارقطني باللفظ من طريقين وفيهما الزنجي المذكور، وقال ابن حجر في تخريج المختصر: خرجه أيضًا البيهقي وعبد الرزاق وهو حديث غريب معلول.

الملك وترجحت بينة ذي اليد بزيادة الصدق ولأن يده تدل على صدق مقالة شهوده لأنها دليل الملك والبينة دليل الصدق فتأكد وترجح معنى الصدق في بينة ذي اليد فصارت بينته أرجح وأزيد صدقًا باعتبار اليد في النتاج فكانت أولى في القبول وسواء أرّخا أو لم يؤرخا أو كان تأريخ الخارج أسبق إلّا على تفصيلٍ سنذكره؛ لأنه لا عبرة للتأريخ مع النتاج؛ لأن النتاج يستوعب كل تأريخ؛ لأنه عبارة عن أولية الملك لا يسبقه أحد في الملك وإن أرخا وقتين مختلفين ووافق شراء الدابة تأريخ الخارج قضى للخارج؛ لأن الحال يشهد بصدق بينته وبظهور كذب بينة الآخر(١).

وإن وافق تأريخ ذي اليد أو كان مشكلًا أو خلافهما قضى لذي اليد؛ لأنه لم يظهر كذب إحدى البينتين بيقين.

وكذلك الخارجان أقاما البينة على جواز في يد آخر على هذا الوجه يقضى بينهما أرخا أو لم يؤرخا إلا إذا خالف السن تأريخ أحدهما فيقضى للآخر، وإن كان مشكلًا أو خالفهما قضي بينهما لأنا لم نتيقن بكذب إحدى البينتين لجواز أن يكون سن الدابة موافقًا للوقتين وقد استويا في الدعوى والحجة فيقضى لهما وفي رواية إن خالفهما لا يقضى لأحدهما؛ لأن القاضي يتيقن بكذب البينتين جميعًا.

عبد في يد رجل أقام ذو اليد البينة أنه اشتراه من فلان وأنه ولد في ملك بائعه وأقام الخارج البينة أنه اشتراه من فلان آخر وأنه ولد في ملكه بقي لذي اليد؛ لأنه استويا في إثبات النتاج بملكه وكأن المالكين حضرا وأثبتا ذلك ولأحدهما يد يقضي له إذ لا فرق بين أن يدعي أولية الملك لنفسه وبين أن يدعي تملكه كما في دعوى ملك مطلق.

الخارج وذو اليد إذا أقاما البينة على [نتاج](٢) العبد والخارج يدعي الإعتاق أيضًا؛ لأن بينة النتاج مع العتق أكثر إثباتًا؛ لأنها أثبتت أولية الملك على وجه لا يستحق عليه الملك أصلًا وبينة ذي اليد أثبتت أولية الملك على وجه يتصور

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٥٠١/٢، وحاشية ابن عابدين ٤٦٢/٤، ٦٥٣، ونهاية المحتاج ٣١٤/٨، والروض الندي ٥٢١ وما بعدها، ط. السلفية.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): ربع.

استحقاق ذلك عليه بخلاف ما لو ادعى الخارج العتق مع مطلق الملك وذو اليد ادعى النتاج فبينة ذي اليد أولى لأنهما لم يستويا في إثبات أولية الملك؛ لأن الخارج ما أثبت أولية الملك فلم يعتبر العتق للترجح.

ولذلك لو ادعى الخارج التدبير والاستيلاد مع النتاج أيضًا وذو اليد النتاج لا غير فأما إذا ادعا الخارج التدبير والاستيلاد مع النتاج وذو اليد مع النتاج عتقًا باتًّا فهو أولى.

ولو ادعى ذو اليد التدبير أو الاستيلاد مع النتاج والخارج ادعى عتقًا باتًّا مع النتاج فالخارج أولى؛ لأن بينة العتق أثبتت أولية الملك على وجه لا يتصور استحقاقه عليه وبينة التدبير أو الاستيلاد أثبتت أولية الملك على وجه يتصور استحقاقه رقبة ويدًا بقضاء القاضي بالملك قضاء ويستحق عليه يدًا بالإجارة أو الإعارة والنكاح بلا قضاء حقًّا فكانت بينة العتق أكثر إثباتًا وأزيد صدقًا.

ولو أقام كل واحد البينة أنه عبده كاتبه وهو في يد أحدهما فهو مكاتب لهما يؤدي الكتابة إليهما؛ لأن تصادقهما وتوافقهما على أنه مكاتب يصادق على أنه ليس في يد أحدهما، فإن المكاتب في يد نفسه، فإن المولى يخلي سبيله ولا يضمه إلى نفسه بخلاف المعتق؛ لأن الحر قد ثبتت عليه الأيدي، فإن المولى يضم المعتق الصغير أو الكبير إلى نفسه إذا خاف عليه أوفى بحقه ليقوم بخدمته فيجب اعتبار يد أحدهما والتدبير أولى من الكتابة حتى لو أقام أحدهما البينة على الملك والتدبير والآخر على الملك والكتابة فبينة التدبير أولى؛ لأن التدبير بمعنى النتاج؛ لأنه لا يحتمل الفسخ والكتابة قابلة للفسخ وبينة مدعي النتاج أولى.

ولو اختلفا في الجارية فادعى كل واحد منهما أنها ولدت في ملكه من أمته هذه قضي بها لذي اليد؛ لأن الولادة لا تتكرر ولا تتثنى فقد اختلفا في أولية الملك فيقضى لصاحب اليد. عبد في يدي رجل أقام آخر البينة أنه ولد في ملكه وأقام آخر أنه عبده ولد في ملكه من أمته هذه قضي بها للمضيف إلى أمته لأنهما خارجان ادعيا أولية الملك في الولد بالولادة ولأحدهما يد على الأم والولد بملك الأصل؛ لأنه لا بد من الولادة من الأم فترجح بينة ذي اليد على الأم على بينة الآخر، فإن

أقام ذو اليد أيضًا بينة على مثل ما أقام المضيف إلى أمته قضي به لذي اليد؛ لأن له يد على الأم والولد جميعًا ولا يد لأحد الخارجين على واحد فترجح بينة ذي اليد.

ولو أقام الخارجان البينة أنه عبده ولد في ملكه من أمته وعبده هذين قضي به بينهما وهو ابن العبدين والأمتين عند أبي حنيفة وعندهما يكون من العبدين دون الأمتين؛ لأن عند أبي حنيفة يثبت النسب من الكل، وعند محمد لا يثبت أكثر من ثلاثة.

وعند أبي يوسف لا يثبت أكثر من اثنين وهي تُعرف في كتاب النسب في يد رجل شاة وفي يد آخر أخرى أقام كل واحد منهما بينة أن الشاة التي في يد صاحبه شاته تنجب من شاته التي في يده قضي لكل واحد بشاة صاحبه.

ورُوي عن أبي يوسف أنها لا تقبل هذه البينة قيل هذا قول الكل؛ لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين فيترك ما في يد كل واحد في يده، وجه ظاهر الرواية: أنه إنما تقبل البينتان إذا كانت أسنان الشاة مشكلة وسنهما مشتبه ويحتمل أن تكون واحدة منهما، أما للأخرى لمرأى العين أما إذا كانت إحداهما لا تصلح، أما للأخرى فلا تقبل هذه البينة وولادة البنت لأنها إن كان لا يتصور فإتباع الأم ولدها في الارتضاع يتصور بأن كبرت البنت وولدت ونزل لها لبن والأم لم تترك عادتها في الارتضاع فارتضعت من لبن بنتها فعاين أحد الفريقين ارتضاع الأم لبن بنتها وعاين الفريق الآخر حقيقة ولادة البنت من الأم فيجد القاضي محملًا يطلق للشاهد أداء الشهادة فوجب قبول البينتين كما لو شهد فريقان بنتاج دابة واحدة من دابتين أو من دابة واحدة مرارًا تقبل الشهادة؛ لأن القاضي وجد لذلك محملًا مطلقًا لأداء الشهادة فكذا هذا.

ولو أقام البينة أن الشاة التي في يديه شاته ولدت في ملكه، وإن شاة صاحبه له ولدتها شاته عنده وأقام آخر البينة على مثله قضى لكل واحد بالشاة التي في يديه؛ لأن كل واحد بينهما ادعى الملك بالنتاج في الشاتين جميعًا وبينة ذي اليد أولى في النتاج بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه ادعى كل واحد منهما ملكًا مطلقًا فيما في يديه وملكًا بالنتاج فيما في يد صاحبه والناتج أولى من العارف. شاة في يد رجل أقام

آخر البينة أنها شاته تنتجب في ملكه قضي له، ثم أقام آ ... ل البينة أنه
يقضي للمدعي إلا أن يعيد المدعي له البينة على هذا ... إن لم
منه؛ لأن بينة الأول ليست بقائمة في الحال ولا على ... أنه
ببينة الأول فمتى أعاد بينته تكون بينته الآن بينة ذي
اليد أولى، فإن لم يعد البينة حتى قضي لهذا المدعي ثم ا...
عليه.

ولذلك لو استحقه من يده خارجي بالملك المرسل وقضي به ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى له وينقض القضاء الأول؛ لأن بينته تبيّن أن القضاء الأول كان باطلًا؛ لأن بينة ذي اليد أولى بالقضاء بها من بينة الخارج وبينة الخارج باطلة بمقابلة بينة ذي اليد. أمة في يد رجل أقام آخر البينة أن قاضي كذا قضى له بها بالشهادة على هذا وأقام ذو اليد أنها أمته ولدت في ملكه يقضي للذي قضي له عندهما.

وقال محمد لذي اليد ولو شهدوا ولم يفسروا أن القضاء كان بالشهادة أو بسبب آخر فقول محمد مثل قولهما.

لمحمد: أن شهود المدعي بينوا أن القضاء كان بالملك المطلق، وأن الشهادة قامت على الملك المطلق لأنهم شهدوا أنه إنما قضي بالملك له بشهادة الشهود أنها له فصار كما لو أثبتوا أن القضاء كان بشهادة شهود شهدوا على الملك المطلق والناتج أولى من العارف بخلاف ما لو أبهموا القضاء؛ لأنه يحتمل أن القضاء كان بالشراء أو بالإقرار من جهة ذي اليد فلا يجوز نقض قضائه بذلك الاعتبار فلا ينقض القضاء الأول بالشك.

لهما: أن القضاء الأول بالملك قد يكون بقيام البينة على الملك المطلق أو النتاج فيجوز نقض قضائه بهذا الاعتبار وقد يكون بالشراء أو بالإقرار من ذي اليد فلا يجوز نقض قضائه لهذا الاعتبار فوقع الشك في جواز نقضه فلا ينقض بالشك كما لو شهدوا بالقضاء وأبهموا.

آخر البينة أنها شاته تنجب في ملكه قضي له، ثم أقام آخر البينة على النتاج والملك يقضي للمدعي إلا أن يعيد المدعي له البينة على هذا المدعي أيضًا فيكون هو أولى منه؛ لأن بينة الأول ليست بقائمة في الحال ولا على المدعي فلا تصير بينته مدفوعة ببينة الأول فمتى أعاد بينته تكون بينته الآن بينة ذي اليد ومن الآخر بينة الخارج فذو اليد أولى، فإن لم يعد البينة حتى قضي لهذا المدعي ثم أعاد البينة نقض قضاؤه ورد عليه.

ولذلك لو استحقه من يده خارجي بالملك المرسل وقضي به ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى له وينقض القضاء الأول؛ لأن بينته تبيّن أن القضاء الأول كان باطلًا؛ لأن بينة ذي اليد أولى بالقضاء بها من بينة الخارج وبينة الخارج باطلة بمقابلة بينة ذي اليد. أمة في يد رجل أقام آخر البينة أن قاضي كذا قضى له بها بالشهادة على هذا وأقام ذو اليد أنها أمته ولدت في ملكه يقضي للذي قضي له عندهما.

وقال محمد لذي اليد ولو شهدوا ولم يفسروا أن القضاء كان بالشهادة أو بسبب آخر فقول محمد مثل قولهما.

لمحمد: أن شهود المدعي بينوا أن القضاء كان بالملك المطلق، وأن الشهادة قامت على الملك المطلق لأنهم شهدوا أنه إنما قضي بالملك له بشهادة الشهود أنها له فصار كما لو أثبتوا أن القضاء كان بشهادة شهود شهدوا على الملك المطلق والناتج أولى من العارف بخلاف ما لو أبهموا القضاء؛ لأنه يحتمل أن القضاء كان بالشراء أو بالإقرار من جهة ذي اليد فلا يجوز نقض قضائه بذلك الاعتبار فلا ينقض القضاء الأول بالشك.

لهما: أن القضاء الأول بالملك قد يكون بقيام البينة على الملك المطلق أو النتاج فيجوز نقض قضائه بهذا الاعتبار وقد يكون بالشراء أو بالإقرار من ذي اليد فلا يجوز نقض قضائه لهذا الاعتبار فوقع الشك في جواز نقضه فلا ينقض بالشك كما لو شهدوا بالقضاء وأبهموا.

(فصل)

قطن نابت في أرض فأقام ذو اليد البينة أنها أرضه وأنه زرع هذا القطن فيها فأقام الخارج البينة أنها أرضه وزرعه يقضى للخارج؛ لأنه مما تكرر ويثنّى، وكذلك إذا اختلفا في البناء فادعى كل واحد أنه بنى على أرضه.

ولو شهدوا أن هذه الحنطة من زرع حصد من أرض فلان المدعي لم يكن للمدعي أخذ الحنطة وفي رواية أبي حفص يكون له؛ لأن الشهادة بالحصد من أرضه شهادة بالأخذ من يده اقتضاء؛ لأن الأرض في يده فما منها يكون في يده أيضًا فيكون المأخوذ في يده، ومن غصب من إنسان شيئًا يجب عليه رده، وجه ظاهر الرواية: أنه لم يثبت الأخذ من يده بهذه الشهادة لا نصًا ولا اقتضاء؛ لأن كون المأخوذ في يدي ذي اليد بحكم اليد على الأرض لا بدل على أنه أخذه ضرورة لجواز أن يكون الزرع في أرض إنسان والملك لغير صاحب الأرض بأن زرعها بأمره أو بغير أمره؛ لأن الإنسان متى غصب أرض غيره وزرعها بأمره ببذره يكون الخارج ملكًا للزارع فلم يشهدوا بملك الحنطة لصاحب الأرض، وعلى هذا إذا شهدوا أن هذا الشيء أخذ من يد فلان ولم يبينوا الآخذ ففي رواية أبي حفص له الأخذ وفي رواية أبي سليمان لا يكون للمدعي الأخذ وهو الأصح لجواز أن الآخذ غيره وقد أودع عند ذي اليد ولم ينقله من موضع إلى موقع حتى يصير غاصبًا فلم يتعين هو أحد الأنصباء ولا اقتضاء فلا يجب عليه رده.

ولو شهدوا أنه أخذه من يده يقضى له، ولو شهدوا أن هذا التمر خرج من نخله وهو يملكه أو هذا التمر من نخله قضي له كما لو شهدوا أن هذا العبد ولدته أمته وهو يملكها؛ لأن الشهادة بأخذ التمر من نخله شهادة تملك التمر له اقتضاء؛ لأن ملك النخل سبب لملك التمر لا محالة كملك الأم سبب لملك الولد، فأما ملك الأرض ليس بسبب لملك الزرع؛ لأن الحنطة تبع البذر ويتولد منه دون الأرض، ألا ترى أن الغاصب إذا بذر الأرض كان الخارج منها له فلم تكن الإضافة إلى الأرض دليل الاستحقاق.

ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان في أرضه لا يقضى له؛ لأنه قد يكون في أرضه زرع غيره ونخل غيره وكرم غيره، فإن غرسها الغاصب أو زرعها فلم يشهدوا بتملك هذه الأشياء له، وإنما شهدوا بكونها في يده والشهادة من قبل باطلة فهذا أولى.

ولو شهدوا أنه غزل هذا من قطن فلان وهو يملكه ونسج فعلى الغاصب قطن مثله والثوب للغاصب إلا أن يقول المالك أنا أمرته بالغزل والنسج فيأخذ عينه؛ لأن ملك القطن يثبت للمدعي بهذه الشهادة وقد ثبت غزل ذي اليد ونسجه بغير أمره وهذا مما يقطع ملك المالك عن القطن إلا بإذنه فيبقى عينه على ملكه.

ولو شهدوا أن هذه الحنطة من زرع هذا وهذا الزبيب من كرم هذا فيقضى للمدعي.

طعن عيسى وقال: لا يقضى، كما لو أقام البينة على أن هذا التمر من كرم كان في أرضه، أو هذه الحنطة من زرع كان في أرضه لا يقضى له، والصحيح قول محمد وفرق بين هذا وبين ما إذا شهدوا أن هذا جلد أو لحم أو صوف شاته لا يقضى للمدعي والفرق أن الحنطة والتمر متولد متفرع من الزرع والنخل فيكون بيعًا للأصل فيملك بملك الأصل فيكون الشهادة بملك الأصل شهادة بملك الفرع والتبع، فأما الجلد واللحم وأطراف الدابة ليست بتبع لها بل خلقت مع الدابة بعضًا من أبعاضها ما دامت قائمة متصلة بها وبعد المزايلة والمباينة صارت أصلًا بنفسها لأنها تقوم بنفسها ولا متولدة متفرعة عنها؛ ولأنه يحتمل أن الشاة سلخت ثم بيع الجلد من الشاة فيكون هذا جلد شاته ولم يكن مملوكًا له فلم يشهدوا بملك الجلد له، وإن أضافوه إلى شاته وهذا؛ لأن الإضافة للتعريف والتعريف لا يقتضي كون الجلد ملكًا لصاحب الشاة إذ التعريف يقع بشاة في ملكه ويقع بشاة كانت له ملكًا فعلى هذا إذا شهدوا أن هذا تمر نخله لا يقضى بالتمر له كما في هذه المسألة بخلاف ما لو شهدوا أن هذا التمر من نخله، فإنه يقضى له بالتمر؛ لأن كلمة من كلمة تبعيض وليست بكلمة تعريف قد شهدوا أن التمر بعض ملكه وبعض ملكه يكون ملكًا له خصوصًا إذا كان بائعًا له، فإن أقر ذو اليد أنه من كرم في أرض

المدعي أو من زرع في أرضه أو كان في أرضه يقضى للمدعي؛ لأنه أقر أنه كان في يد المدعي لما أقر أنه كان في أرضه.

ولو ثبت إقراره أنه كان في يد المدعي بالبينة العادلة يقضى له به فكذا إذا ثبت إقراره أنه في يده بالمعاينة أولى، جلد في يده فأقام آخر البينة أنه سلخه في ملكه وأقام ذو اليد البينة على مثله فهو لذي اليد؛ لأنه بمعنى النتاج؛ لأن السلخ لا يتكرر ولا يثنَّى. شاة مسلوخة في يد رجل وجلدها وسقطها في يد آخر فأقام الذي الشاة في يده بينة أن الشاة والسقط والجلد كله له وأقام الذي في يده السقط البينة على مثله يقضى لكل واحد بما في يد صاحبه؛ لأن كل واحد منهما يدعي الملك المطلق وكل واحد خارج عما في يد صاحبه، ذو اليد فيما في يده وبينة الخارج في الملك المطلق أولى. أقام البينة أن الشاة المسلوخة في يد فلان ملكه ضحَّى بها وسلخها، وأقام الذي في يده على مثله قضى للخارج؛ لأنهما ادعيا الملك المطلق. أقام البينة على دجاج في يد الغير أنه له فرخ في ملكه، وأقام ذو اليد البينة على ذلك أيضًا فهو لذي اليد؛ لأنه في معنى النتاج إذ لا فرق بين ولادة الدواب وبين ولادة الطيور في أولية الملك وفي أنها لا تتكرر. دجاجة في يد رجل أقام آخر البينة أن البيضة التي خرجت منها هذه كانت لي يقضى له ببيضة مثلها لا بالدجاجة؛ لأنهم لم يشهدوا بالملك في الدجاجة لا تنصيصًا ولا اقتضاء؛ لأن كون البيضة ملكًا لإنسان لا يوجب أن يكون الفرخ ملكًا له؛ لأنه لو حضنها غيره بغير إذنه أو بإذنه لنفسه يكون الفرخ ملكًا للحاضن، كحنطة غصبها فزرعها يكون الزرع للغاصب ويقضى له ببيضة مثل بيضته؛ لأنه أثبت ملك البيضة ولم تصل إليه البيضة بل احتسب عند ذي اليد فيضمن مثلها، بخلاف ما إذا شهدوا أن هذا العبد ولدته جاريته يقضى بالعبد له لما مر. باضت الدجاجة المغصوبة بيضتين فحضنت الدجاجة أحدهما وخرج فرخ وحضن الغاصب الأخرى تحت دجاجة أخرى فخرج فرخ، فالدجاجة المغصوبة وفرخها الذي حضنت للمغصوب منه والفرخ الذي حضن له؛ لأن البيضة التي حضنت الدجاجة بنفسها لا صنع لأحد فيه فيملك الفرخ صاحبها كالريح إذا هبت بحنطة إنسان ونبت الزرع يكون لمالك الحنطة فكذا هذا وما حضنه الغاصب هو له؛ لأنه حصل بصنعه.

(المنتقى): روى ابن سماعة عن محمد: رجل في يديه ثوب أقام رجل البينة أنه نسج نصفه ينظر: إن عرف النصف فلكل واحد منهما نصفه الذي نسجه، وإن لم يعرفا فكله للخارج قلت: لم لا يجعل الثوب كله للذي نسج النصف الأول؛ لأنه استحق السدى بالنسج فقال: لأنه يحتمل أن يكون المنسوج للأول والسدى للآخر إلا أن يكون الشراء قليلًا مثلما يترك للثوب. رجل في يديه شاتان سوداء وبيضاء أقام رجل البينة أن البيضاء له ولدت السوداء في ملكه وأقام ذو اليد البينة أن السوداء ولدت البيضاء في ملكه قال يقضى للمدعي بالسوداء وهي البنت ولا يقضى له بالأم؛ لأنه ادعى نتاج البنت في ملكه وذو اليد لم يدع النتاج فيها بل ادعى فيها ملكًا مطلقًا فكانت بينة مدعي النتاج أولى.

ورُوي عن أبي يوسف أنه تبطل البينتان ويقر في يدي ذي اليد لما قلنا. رجل في يده لؤلؤة أقام رجل البينة أنه استخرجها من صدفة من البحر وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فإنها لذي اليد؛ لأن هذا بمنزلة النتاج لأنها لا تخرج من صدفة مرتين.

(باب دعوى البيع والشراء)

(المنتقى): مسائله على فصول:

أحدها: في دعوى البيع الباب.

والثاني: في دعوى العقدين.

والثالث: في دعوى البيع بشرط الخيار.

(فصل)

ادعى البائع الإكراه على المبيع والمدعي ادعى الطواعية والرضاء وأقاما البينة، قال بعض المتأخرين: بينة الطواعية أولى لأنها أكثر إثباتًا لأنها تثبت الرضاء، وبينة الإكراه تنفيه؛ لأن الإكراه عبارة عن عدم الرضاء بخلاف ما لو أقام أحدهما البينة على إدخال شرط فاسد في العقد والآخر على عدمه؛ لأن إدخال شرط فاسد شيء زائد وأمر حادث فكانت بينته مثبتة شيئًا زائدا فكانت أولى نظيرها منصوص عليه في المضاربة.

لو أقام رب المال البينة على أنه دفع إليه مضاربة بالنصف، وأن يكون له زيادة مائة درهم، وأقام آخر البينة أنه شرط له النصف لا غير، فالبينة القائمة على الزيادة وإن كانت مثبتة للفساد أولى، ولو أقام أحدهما البينة أنه دفع إليه بالنصف وأقام آخر أنه دفع إليه مضاربة ولم يشترط شيئًا فالبينة المثبتة للشرط أولى؛ لأن فيها إثباتًا وهو يقضي الصحة.

وقال بعضهم: إن بينة الإكراه أولى وهو رواية عن أبي يوسف في (المنتقى).

وذكر في (المنتقى): مطلقًا أن بينة الفساد أولى لأنها مبينة لزيادة أمر حادث وهو الإكراه وإدخال المفسد فيه، وإن كان القول لمن يدعي الطواعية كما في المزارعة القول قول من يدعي شرط نصف الخارج والبينة بينة من يدعي النصف وزيادة لأنها مثبتة للزيادة ظاهرًا.

وإن كانت مثبتة للفساد وكذا إن ادعى أحدهما إقرارا بدين طائعًا والآخر يدعي عن إكراه كان القول لمن يدعي الطواعية والبينة لمن يدعي الإكراه، وإن كانت بينة الطوع مثبتة للمال وبينة الكره تنفيه ولكن الظاهر ما بينّا، وإن كان سببًا للفساد كما في المزارعة.

ولو اختلف المتبايعان ادعى أحدهما بيع الوفاء والآخر بيع البتات تقبل بينة مدعي الوفاء لأنه خلاف الظاهر في البياعات فكان أكثر إثباتًا.

وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله: اشترى من آخر جارية ثم ادعى أنه باعها من بائعها بأقل مما اشترى قبل نقد الثمن وادعى البائع أنهما تقايلا فالقول لمن ينكر الإقالة؛ لأن دعوى المشتري البيع الفاسد لا تسمع ولا بينته.

ولو كان دعوى الإقالة من المشتري بعد نقد الثمن فلكل واحد منهما اليمين على صاحبه. ادعى دارًا في يدي رجل أنها له اشتراها من فلان وقبضها ولم يسميا ثمنًا فإني أسألهما قبضها بأمره أو بغير أمره، فإن قالا: لا، يريد على هذا لم أقبل شهادتهما.

وإن ماتا ولم يسألهما فهو على أنه قبضها بأمر البائع وأقضي له بالدار، ولأن هذا

وإن لم يسم الثمن فهو بيع فاسد يملك بالقبض، فإن جاء الغائب يخاصم المستحق فيصيب بها له.

ذكر هشام في نوادره عن محمد: رجل ادعى دارًا في يدي رجل وجحد المدعى عليه فباعها المدعى عليه قبل إقامة البينة فبيعه جائز، وإن باعها بعد إقامة البينة ينظر إن قدر على المشتري أبطل البيع، وإن لم يقدر عليه وعدلت البينة يخير المدعي، فإن شاء أخذ من البائع قيمتها، وإن شاء وقف حتى يقدم المشتري.

قال أبو يوسف: رجل ادعى دارًا في يد رجل أنها له اشتراها من فلان وفلان غائب أو حاضر منكر للشراء تقبل بينته وهذا بمنزلة من ادعى دارًا في يدي رجل أنها له اشتراها من فلان وكان فلان اشتراها من صاحب اليد قبلت بينته، وإن ادعى أنها له اشتراها له فلان المدعى عليه لم تقبل بينته وهو قول أبي حنيفة رحمه الله.

قال أبو يوسف: لو صدقه صاحب اليد وقال: كنت بعتها من وكيلك أو من بائعك فلان وهو غائب لكن أودعنيها فلا خصومة بينهما، وكذلك لو جاء رجل بصكّ باسم غيره على رجل فقال هذا المال الذي عليك باسم هذا الرجل لي قد أقر لي به فلان، فإن أنكر المدعى عليه ذلك فهو خصم تقبل بينة المدعي ويقضى له بالمال.

وإن أقر بالمال للرجل الذي الصكّ باسمه لا تقبل بينته، ورُوي عن أبي حنيفة أنه قال: لا تقبل بينته في الوجهين.

وكذلك دار في يدي ورثة ادعى رجل شراء نصيب أحدهم وهو غائب، فإن أقر الحاضرون بنصيب الغائب وألحق فيها وأنكروا شراء المدعي لا تقبل بينته، وإن أنكروا الحق للغائب قبلت بينة المدعي. رجل أقام بينة على آخر أنه اشترى منه نصف داره مشاعا بألف درهم وأقام رب الدار البينة أنه باعه نصفها معلومًا بألفي درهم قال اجعل له النصف المعلوم بألفي درهم ونصف النصف الثاني مشاعًا بخمسمائة.

ولو أقام البائع البينة أنه باعه عشرها بألف درهم وأقام المشتري البينة أنه اشترى نصفها مقسومًا بمائة درهم، فإنه يقضى له بعشر النصف بخمسمائة ويقضى له بتسعة

أعشار النصف المقسوم بتسعين درهمًا والعشر الثاني منه بخمسمائة؛ لأن البائع قد أقام البينة على فضل ثمن فكان أكثر إثباتًا.

(فصل)

قال محمد: لو قال: بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم واستأجرتني عليه فصبغته لك بصبغك، وقال الآخر: الثوب ثوبي لم أشتره منك ولم أستأجرك فالثوب للمقر له مصبوغا، وليس لمدعي الصبغ شيء إلا أن يقيم البينة على الاستئجار فله الأجر؛ لأنه أقر له بالملك بعوض والمقر له يصدقه في الملك فصح ويكذبه في العوض فلم يجب رجل في يديه دقيق فقال لآخر: بعتك هذه الحنطة وأمرتني فطحنتها لك فخذ الدقيق وادفع لي الثمن، وقال الآخر: أعطيتك حنطة كانت عندي ولم أشترها منك وأمرتك فطحنتها فالقول قوله مع يمينه على ما ادعى الآخر من الثمن والبينة بينة من يدعي أنها في يده الدقيق؛ لأنه مدع للثمن، كذلك كل شيء يتغيّر عن حالة إلى حال غيره واختلفا فيه فالقول فيه قول الخارج، وإن كان لم يتغير ولم يتحول عن الحالة الأولى فالقول قول صاحب اليد، كما إذا غسله أو فتله أو صبغه أسود ثم قال بعته منك وأمرتني ففعلت به هذا، وقال الخارج بل هو ثوبي دفعته إليك وأمرتك بالذي فعلت فلصاحب اليد أن يمسك وينقض البيع استحسانًا وذلك؛ لأنه متى تغير عن حاله باتصال الصبغ به أو بالطحن ونحوه بأمر الخارج فقد خرج من يد صاحب اليد وصار الخارج قابضًا له إما لاتصاله بملكه بالبيع كما إذا قال ازرع أرضي ببذرك، أو دفع إلى صانع فضة، وقال: اجعلها خاتما وزد من فضتك دانقًا يصير قابضًا للبذر ولزيادة الفضة فكذا هذا أو باستهلاكه بأمره وإن لم يتغير عن حاله فلم يتصل بملكه شيء فلم يصر الخارج قابضًا ألا ترى لو باع جارية فلم يقبضها المشتري حتى سقاها دواء أو قطع منها عرقًا أو حجمها أو كان المبيع دابة فأخذ من حافرها أو نزعها أو كان بغلًا فحداه فقال الآخر: قد أمرتك بذلك ولم أشترها منك ولكن هي لي، فالقول لصاحب اليد حتى إن له أن يمسكها وينقض البيع، وإنما هذا على أفعال الناس فكذا هذا.

(فصل)

هشام عن محمد: عبد في يد رجل أقام رجلان كل واحد منهما البينة أنه عبده باعه إياه على أنه بالخيار فيه ثلاثة أيام، فإن أمضيا البيع أو أمضى أحدهما ورضي به الآخر لزم المشتري لكل واحد منهما ألف درهم؛ لأن كل واحد منهما أثبت بالبينة السبب الموجب للثمن كله له وهو المبيع إلا أنه لم يجب تسليم الثمن قبل سقوط الخيار لوجود المانع وهو الخيار، فإذا أسقط الخيار ارتفع المانع فوجب عليه لكل واحد منهما ألف درهم؛ لأن كل واحد ادعى ألفًا كاملة وأثبتها بالبينة ولا تضاد بين البينتين بل الجمع بينهما ممكن بأن باع منه أحدهما ثم اشتراه من المدعي الثاني بعدما تداولته الأيدي.

وإن أمضى أحدهما البيع ونقض الآخر فللمجيز نصف الثمن وللناقض العبد كله؛ لأنه لم يبق للممضي منازعة معه، وأما للمجيز نصف الثمن ذكره في العيوب؛ لأن العبد لو سلم للمشتري بأن ساعد الأول في الإمضاء استحق على المشتري ألفًا كاملة، فإذا لم يسلم له وسلم للناقض لم يجب على المشتري ما يستحق عليه عند سلامة العبد.

وذكر في (المنتقى): لا شيء للمجيز من الثمن؛ لأنه لما أجاز البيع صار بائعًا للعبد وصار الآخر مستحقًّا له فصار كما لو اشترى عبدًا فأقام رجل البينة أنه عبده يقضى له ويبطل الثمن عن المشتري إن كان لم يدفعه فكذا هذا.

وإن لم يمضيا البيع ومضت مدة الخيار أخذا العبد بينهما نصفين ولا شيء على المشتري؛ لأن التنازع وقع في العين لا في الثمن وتضايق العين عن الحقين فيقضى بينهما نصفان.

وإن لم يقيما البينة وصدقهما ذو اليد ولا يعلم أيهما أول إن أمضى البيع أخذ كل واحد منهما ألف درهم وإن لم يمضيا البيع ومضت مدة الخيار أخذا العبد بينهما نصفين وغرم المشتري لكل واحد منهما نصف قيمته، وإن أمضى أحدهما ولم يمضه الآخر يأخذ المجيز الألف كلها ويأخذ الثاني العبد كله، وإن لم يجيزا البيع ولم ينقضاه حتى قضى القاضي بينهما ثم أجاز أحدهما البيع فالمشتري بالخيار

إن شاء رد على الناقض نصف العبد وأمسك نصفه ودفع إلى المجيز نصف الثمن، وإن شاء رد العبد إليهما. عبد في يدي رجل أقام رجلان كل واحد منهما بينة أنه باعه من صاحب اليد بيعًا فاسدًا فالعبد لهما، فإن مات العبد في يدي المشتري فعليه قيمتان، وإن كانت البينتان شهدتا على معاينة العقد والقبض والعبد مستهلك أخذا قيمة واحدة بينهما نصفين.

(باب الدعوى في الميراث والدين على الميت وللميت)

(المنتقى): هشام عن محمد: في امرأة مدركة زوجها أبوها فمات زوجها فجاءت تدعي الميراث ينظر إن قالت: كنت أمرت أبي بالتزويج ثبت النكاح وورثت؛ لأن تزويج الأب سبب قد ظهر، وإنما يوجب استحقاق الإرث إذا اتصل به إذنها وقد ثبت إيصال الإذن بالنكاح باعترافها فقد ادعت الإرث بعد أن اعترفت أن إنكاح الأب سبب موجب للإرث فاستحقت الإرث، فإن قالت ما أمرته ولكن أجزت تزويجه لم يثبت ولا ميراث لها، لأنها اعترفت أن السبب لم ينعقد موجبًا للإرث وادعت أمرًا عارضًا وهو الإجازة اللاحقة بالمناكحة السابقة فما لم تظهر الإجازة اللاحقة بالبينة العادلة لا يثبت استحقاق الإرث. رجل ادعى أنه تزوج هذه المرأة فجحدت ذلك ثم مات الرجل فجاءت تدعي ميراثه فلها الميراث.

وكذلك لو كانت المرأة ادعت النكاح وجحده الرجل ثم ماتت فطلب الرجل ميراثها وزعم أنه كان تزوجها وله الميراث؛ لأنه أمكن التوفيق بينهما لجواز أنه تزوجها بعد جحودها.

ولو ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثًا وأنكره الزوج ثم مات وطلبت ميراثها منه أو كانت كذبت نفسها قبل موته وزعمت أنه لم يطلقها فلا ميراث لها؛ لأنها اعترفت بارتفاع سبب استحقاق الإرث وهو الزوجية، والرجوع عن الإقرار لا يسمع في حق الغير.

امرأة ادعت على زوجها بعد وفاته ألف درهم من مهرها وذلك مهر مثلها، وقال الورثة: قد علمنا أن أبانا تزوجها ولا ندري ما مهرها، وحلفوا عند أبي يوسف

ومحمد بالله ما يعلمون ما مهرها فلها أقل الصَّداق عشرة دراهم؛ لأن ذلك متيقن والزيادة مشكوك فيها.

ولو اشترى رجل من رجل عبدًا فمات المشتري والعبد جميعًا وادعى البائع الثمن على ورثته فقالت الورثة ما ندري ما ثمنه وحلفوا أنهم لا يعلمون ما ثمنه حبسهم القاضي حتى يقروا بشيء أو يحول بينهم وبين المال ويضعه على يدي عدل حتى يثبتوا ما على أبيهم من الثمن، بمنزلة رجل أقر أن لرجل على أبيه دين وقال: لا أعلم ما هو فلا بد من أن يقر بشيء وإلا يحول القاضي بينه وبين تركة أبيه فكذا هذا. رجل ادعى قبل ميت ألف درهم وضح وللميت ابنان فأقر أحدهما أنها وضح وأقر آخر أنها غلة.

قال محمد: يأخذ الألف كلها من المقر بالوضح ويرجع هو على أخيه بخمسمائة درهم غلة. رجل مات وترك ألفًا وابنًا فادعى رجل أن ملك الألف له وديعة عند أبيه فصدقه الوارث ودفعها إليه بغير قضاء، ثم أقام رجل البينة أن له على الميت ألف درهم دين وكذبهما في الوديعة فأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه بشيء كأن ظهرت الوديعة بعد ذلك وقد ضمن الوارث المال فلا سبيل له عليها؛ لأنه أقر أنه وديعة لهذا الرجل فصار المقر له بالوديعة أحق بالمال من الوارث.

ولو ادعى ألفًا على أبيه دينًا فصدقه الوارث ودفع إليه الألف بغير قضاء ثم أقام الغريم البينة على المدين فله أن يضمن أيهما شاء، فإن ضمن الوارث رجع بما ضمنه على الآخذ منه؛ لأنه لم يقر بأن هذا المال بعينه له، بل أقر له بدين في ذمة الميت، ولو كان الوارث دفع الألف إليه بأمر القاضي في الوديعة أو الدين، ثم أقام رجل البينة على الميت بدين ألف فلا ضمان له على الوارث ويأخذ من القابض ما قبض؛ لأن الوارث مجبر على الدفع فلم يصر مستهلكًا بالدفع والله أعلم بالصواب.

(القسم الرابع في الاستحقاق بالأيدي)

(باب الرجلان يتداعيان الشيء بالأيدي)

(المنتقى): ذكر هشام عن أبي يوسف في رجلين على دابة في سرج واحد فهي

بينهما، وإن كان أحدهما في السرج والآخر رديفه فهي لصاحب السرج؛ لأن في الأول استويا في اليد والتصرف والركوب وليس أحدهما يبايع الآخر من حيث الظاهر، وفي الثاني لم يستويا في اليد والتصرف؛ لأن المتصرف صاحب السرج والرديف تابع له، وإن كان أحدهما راكب والآخر آخذ باللجام فالراكب أولى؛ لأنه هو المتصرف فيه.

ولو كان رجل جالس على بساط الآخر والآخر متعلق به وهما يدعيانه فهو بينهما أي يترك في أيديهما لاستوائهما في اليد. وإذا ادعى رجل السفينة وهو راكبها والآخر ممسك بسكابها وآخر يجذف فيها وآخر يمدها فهي بينهم إلا من يمدها فلا شيء له؛ لأنه لا يد له فيها. سفينة فيها دقيق ورجلان فيها فادعى كل واحد منهما السفينة وما فيها وأحدهما معروف يبيع الدقيق والآخر ملاح معروف فالدقيق لمن هو معروف ببيعه والسفينة للملاح.

ورُوي عن أبي يوسف في رجل اصطاد طائرًا في دار رجل، فإن اتفقا على أنه على أصل الإباحة فهو للصائد سواء اصطاده على الهواء أو على الشجر؛ لأن الصيد إنما يملك بالاستيلاء والإحراز ولا يملك بحصوله وقعوده على حائط أو على شجر فيملك بالأخذ، وإن اختلفا فقال رب الدار: كنت اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد، فإن كان أخذه من الهواء فهو له؛ لأنه لا يد لصاحب الدار على الهواء وكان القول قول صاحب اليد حقيقة، وإن أخذه من داره أو شجره فالقول قول صاحب الدار؛ لأن يده ثابتة على الشجر والحائط، فإذا أخذه من محل في يده كان القول قول صاحب اليد.

وإن اختلفا في أخذه من الهواء أو الجدار فالقول قول صاحب اليد؛ لأن الظاهر أن ما في داره في يده فترجح جانبه باعتبار الظاهر.

روى هشام عن محمد قال: لو أن كناسًا في منزل رجل وعلى عنق الكناس قطيفة أو نحوها فادعى كل واحد منهما فهي لصاحب المنزل؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأن الظاهر أنه لا يحمل القطيفة إلى داره واليد صورة.

وإن كانت للكناس لكنها معنًا وحكمًا لصاحب المنزل. رجل دخل بيت رجل

ومعه مال فقال رب الدار هذا مالي أخذته من منزلي أو خرج من داره وعلى عنقه متاع.

قال أبو يوسف: إن كان الرجل معروفا بصناعة شيء من الأشياء كالحمال يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زيت أو ممن يبيع ويطوف بالمتاع في الأسواق فالقول قوله؛ لأن الظاهر يشهد له.

وإن كان لا يعرف بصناعة فهو لصاحب اليد وقال أبو حنيفة: القول قول رب الدار ولا يصدق الداخل في شيء ما خلا ثيابه التي عليه وهي مما يلبس.

خياط يخيط ثوبًا في دار رجل فتنازعا في الثوب فالقول لصاحب الدار؛ لأنه في يده والظاهر يشهد له؛ لأنه جرت العادة بخياطة الثوب في دار غيره فكانت يد صاحب الدار أظهر بحكم شهادة العادة.

وذكر محمد في المأذون الكبير: لو أجر عبده من قصار أو خباز ونحوهما فوجد المولى معه متاعًا في طريق فاختلف فيه هو والمستأجر قال أبو يوسف: إن كان ذلك المتاع من صناعة المستأجر فالقول له، وإن لم يكن من صناعته فالقول للمولى، وإن كان في منزل المستأجر فالقول للمستأجر في الوجهين جميعًا.

وكذلك الحر لو أجر نفسه من رجل ثم اختلفا في متاع معه فهو على هذا التفصيل.

غلام رجل موسر كاتب على عتقه بدرة فيها عشرة آلاف درهم وهو في دار معسر لا شيء له وهما يدعيان البدرة. قال محمد: البدرة لصاحب اليسار؛ لأن الظاهر يشهد له والترجيح يقع باعتبار الظاهر.

هشام عن محمد في قطار إبل على البعير الأول رجل راكب وعلى وسطها رجل وعلى آخرها رجل فادعى كل واحد القطار كله فلكل واحد البعير الذي هو راكبه؛ لأنه في يده وتصرفه واليد المتصرفة تدل على الملك وما بين البعير الأول والأوسط للأول؛ لأن الأول قائد لما بينه وبين الأوسط والقيادة تصرف فكانت له يد متصرفة على ذلك وليس للأوسط تصرف فيه فيكون للأول وما بين الأوسط والآخر بين الأول والأوسط نصفان؛ لأن لهما فيه تصرفا بالقود فاستويا فيه فاستويا

في الاستحقاق بظاهر اليد والتصرف وليس للآخر إلا ما ركبه؛ لأنه ليس له يد وتصرف إلا فيما ركبه، فإن قامت لهم بينة فما ركبه كل واحد منهم بين الآخرين نصفان وما بين الأوسط والآخر نصفه الآخر ونصفه بين الأول والأوسط نصفان وأصله أن بينة الخارج أولى بالقبول من بينة ذي اليد فيستحق كل واحد منهم ما هو خارج فيه ويستحق على كل واحد منهم ما هو في يده ثم الخارجان يستويان في الاستحقاق لاستوائهما في إقامة البينة.

رجل يقود القطار من الإبل ورجل راكب بعيرًا منها فادعى الراكب والقائد الإبل كلها، فإن كانت على الإبل حمولة الراكب فالإبل كلها له، وإنما القائد أجير.

وإن كانت الإبل عراة فللراكب البعير الذي هو عليه والباقي للقائد.

وقال في رجل يقود بقرًا أو غنمًا أو بطًّا ورجل يسوقها فادعى السائق والقائد ذلك كله فالكل للسائق ولا شيء منها للقائد إلا أن يقودها بشاة معه فيكون له الشاة وحدها. والله أعلم بالصواب.

(باب دعوى الحائط)

(المبسوط): الأيدي في الحائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة ولا علامة لليد في الحائط سواء هذا فأولاهم صاحب التربيع، فإن لم يوجد فصاحب الجذوع، فإن لم يوجد فصاحب المحاذاة.

أما القسم الأول: حائط بين دارين يدعيه صاحباهما، فإن كان متصلًا ببناء أحدهما اتصال تربيع أو ملازقة وليس للآخر اتصال فصاحب الاتصال أولى؛ لأنه في يده والظاهر أن ما في يد الإنسان ملكه.

وإن كان متصلًا بثباتهما اتصال تربيع أو ملازقة فهو بينهما لاستوائهما في اليد الثابتة على الحائط بحكم الاتصال بالأرض والبناء.

وإن كان اتصال أحدهما اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع أولى؛ لأن له مع الاتصال نوع استعمال؛ لأن صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه؛ لأن قوام حائطه بقدر التربيع إنما يكون بالحائط المتنازع فيه

لما تبين صورة اتصال التربيع فكان له نوع استعمال مع الاتصال والآخر مجرد اتصال من غير استعمال؛ لأن له مجاورة لا غير، والاتصال مع الاستعمال أولى كما إذا تنازع رجلان في دابة وأحدهما راكب عليها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى؛ لأن له مع الاتصال استعمال فيكون في احتواء اليد عليها أقوى وأحوى فكذا هذا.

وإن كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر عليه جذوع فالحائط لصاحب الاتصال ويكون لصاحب الجذوع موضع جذوعه؛ لأن الاتصال دليل سبق اليد؛ لأن التربيع يكون حالة البناء والبناء يكون سابقًا على وضع الجذوع فيكون أسبق يدًا في الحائط من صاحب الجذوع فصار كرجلين ادعيا وأرخا وتأريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى فكذا هذا إلا أنه لا يرفع جذوع الأخرى بخلاف ما لو أقام البينة أن الحائط له، فإنه يرفع جذوع الآخر؛ لأن البينة حجة متكاملة تصلح حجة للاستحقاق على الغير كما تصلح حجة للدفع، فأما الملك لصاحب التربيع ثبت بنوع من الظاهر وهو سبق يده فكان بمنزلة الملك الثابت بظاهر اليد فصلح حجة للدفع ولا يصلح حجة للاستحقاق على الغير؛ لأنها ليست بحجة على الغير.

وروى الطحاوي أن الكل لصاحب الاتصال، وإن كان لأحدهما الاتصال ملازقة وللآخر عليه جذوع فصاحب الجذوع أولى لأنهما استويا في الاتصال ويرجع صاحب الجذوع بالاستعمال؛ لأن وضع الجذوع استعمال للحائط ولا استعمال لصاحب الاتصال بالملازقة إنما له تعلق ومجاورة فيكون المستعمل أولى، كما لو تنازعا في ثوب وأحدهما لابسه والآخر متعلق به. وصورة اتصال التربيع مداخلة اللبن بعضه على بعض إن كان الحائط من مدر أو آجر وهو أن يكون أنصاف لبن كل واحد من الحائطين متداخلًا على الحائط الآخر.

وإن كان الحائط من حيث أن يكون رأس ساحة أحدهما مركب في ساحة الآخر، وإذا ثقب الحائط وأدخل لا يكون تربيعًا.

وعن أبي الحسن الكرخي اتصال التربيع أن يكون الحائط المتنازع فيه طرفاه موصولان بالحائطين والحائطان موصولان بحائط الدار؛ لأنه إذا كان كذلك يصير الجميع سببًا واحدًا، فإذا حكم له بالبعض حكم له بالكل.

فأما إذا كان الاتصال من جانب واحد فقد قال إن صاحب الجذوع أولى؛ لأن صاحب الجذوع مستعملًا له ولا يسقط حكم استعماله إلا بوجود الاتصال على وجه يصير الجميع سببًا واحدًا.

وذكر الطحاوي: إذا كان متصلًا من جانب واحد يقع به الترجيح وهو الصحيح فيكون هو أولى من صاحب الجذوع؛ لأن الاتصال، وإن كان من جانب واحد يدل ذلك على سبق اليد وبسبق اليد يقع الترجيح.

ورُوي عن أبي يوسف: إذا اشترى دارًا بحقوقها ثم أقيمت البينة باستحقاق الحائط ينظر إن كان متصلًا من أحد الجانبين بناء حائط المدعي لم يرجع على البائع بشيء؛ لأنه إذا كان متصلًا ببناء غيره لم يدخل في البيع فلم يكن مبيعًا.

وإن لم يكن متصلًا ببناء المدعي وهو متصل ببناء الدار المبيعة فله أن يرجع على البائع بحصته من الثمن؛ لأنه قد دخل في البيع، فإذا استحق رجع بحصته، وإن كان متصلًا ببناء الدار المبيعة من جانب واحد ولجاره عليه جذوع لم يرجع عليه بشيء فهذا التفريع يوافق رواية الكرخي؛ لأن الاتصال من جانب واحد لا يقع به الترجيح.

وأما **القسم الثاني**: حائط بين دارين يدعيه صاحباهما ولم يكن متصلًا ببناء أحدهما ولا يخلو إما أن كان لأحدهما عليه جذوع أو لهما، فإن كان لأحدهما عليه جذوع وسقيف فهو أولى به؛ لأن الحائط يبنى لوضع الجذوع والسقيف عليه فصاحب الجذوع والسقيف مستعمل للحائط والآخر ليس بمستعمل، والاستعمال دليل على الملك وهو أولى على الملك من اليد فيكون القضاء به أولى، كما إذا تنازعا في ثوب وأحدهما لابسه والآخر متعلق به، فإنه يقضي للابس؛ لأن اللبس أدل على الملك من التعلق به، وإن كان لأحدهما عليه جذع واحد ولا شيء للآخر اختلف المشايخ فيه قيل هو بينهما؛ لأن الحائط لا يبنى لوضع جذع واحد لما تبين فلا يقع به الترجيح، وقيل: لا بل يترجح به؛ لأن الحائط قد يبنى لوضع جذع واحد، وإن كان غير غالب، وإن كان لهما عليه جذوع إن كان لكل واحد منهما ثلاثة فصاعدًا فهو بينهما ولا عبرة بكثرة الجذوع لأحدهما؛ لأن الحائط يبنى لهذا القدر

من الجذوع عادة فلا تعتبر كثرة الجذوع لغير ذلك؛ لأن زيادة الاستعمال لا تثبت زيادة الاستحقاق؛ لأنه زيادة الدليل لا رجحان الدليل وتأييده وزيادة الدليل لا يقع بها الترجيح كما إذا أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة، وكما لو تنازعا في ثوب في أيديهما إلا أن ما في يد أحدهما أكثر.

وإن كان لأحدهما ثلاثة والآخر جذعان ففيه روايتان في إحديهما يقضى به بينهما؛ لأنه يمكن التسقيف على الجذعين كما يمكن على الثلاثة، وفي الرواية الأخرى صاحب الثلاثة أولى وإليه أشار محمد في الأصل، فإنه قال أستحسن في الجذع الواحد ونحوه ونحو الجذع الواحد جذع آخر مثله لا ثلاثة أجذاع؛ لأن الحائط يبنى للتسقيف والتسقيف عادة إنما يكون بثلاثة، فأما التسقيف على حد عين لا يكون إلا نادرًا.

وإن كان لأحدهما عشر خشبات والآخر خشبة واحدة فلكل واحد ما تحت خشبته استحسانًا والقياس أن يكون بينهما.

وقال في كتاب الإقرار: الحائط لصاحب العشرة إلا موضع الخشبة وهو الأصح.

ورُوي عن أبي يوسف أنه قال: يقضى بالحائط بينهما على أحد عشر سهما؛ لأن هذا قضاء بالظاهر وهذا مستعمل جزءًا من أحد عشر جزءًا من الحائط والآخر مستعمل عشرة أجزاء فيقضى على قدر استعمالهما، وجه رواية الإقرار: أن استعمال الحائط يكون بوضع الجذوع عادة وبناء السقف على الجذوع ولا يستعمل لوضع الجذوع عليه من غير التسقيف عليها ولا يمكن التسقيف والبناء على خشبة واحدة عادة بل يكون على السدود والبذرة وأمكن على خشبات فكان صاحب الخشبات مستعملًا للحائط وصاحب الخشبة الواحدة ليس بمستعمل بل هو متعلق به فكان القضاء به للمستعمل أولى إلا أنه لا ينزع الخشبة لأنا حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع ولا يصلح حجة للإبطال فكان الحائط لصاحب الجذوع وللآخر حق وضع الخشبة فقط، بخلاف ما إذا تنازعا في بعير عليه حمل لأحدهما وللآخر إداوة وقضي بالحمل لصاحب البعير وجب نزع الإداوة.

وإن كان هذا الاستحقاق باليد والفرق أن وضع الإداوة لا يجوز استحقاقه في ملك الغير ابتداء مؤبدًا، وإنما يجوز استحقاقه من جهة المالك مؤقتًا، فإذا ظهر الاستحقاق أمر بالإزالة.

فأما وضع الخشبة الواحدة يجوز استحقاقه على التأبيد إذا شرط ذلك في أصل القسمة، وجه رواية الدعوى: أن كل واحد منهما يستعمل للحائط بخشبته؛ لأن حمل الخشبة على الحائط استعمال للحائط من غير أن يبنى عليه إلا أن استعمال أحدهما أكثر فيجب القضاء بقدر الاستعمال، واختلف المتأخرون على هذه الرواية إنما بين الجذوع لمن يكون؟ قيل: يكون بينهما نصفين وقيل يكون على أحد عشر جزءًا، فأما إذا كان الحائط طويلا وكل واحد منهما منفرد ببعض الحائط في الاتصال ووضع الجذوع قضى لكل واحد منهما بما يوازي ساحته من الحائط؛ لأن تصرف كل واحد منهما ممتاز منفرد مستقل متحد وبالتصرف تثبت اليد فيقضي لكل واحد بما في يده، ولا ينظر إلى عدد الجذوع؛ لأنه لا حاجة إلى اعتبار عدد الجذوع هاهنا وما بينهما من القضاء يقضى بينهما نصفين؛ لأنه لا بد لأحدهما فيه فلا يكون أحدهما أولى به من الآخر. لأحدهما عليه هرادي وهو القصب أو بواري فهو بينهما؛ لأن وضع الهرادي ليس باستعمال للحائط؛ لأن الحائط لا يبنى لوضع الهرادي؛ لأنه لا يمكن التسقيف عليه، وإنما يوضع الهرادي للاستظلال ودفع حرارة الشمس والبرد والحائط لا يبنى لهذا، فكان بمنزلة ما لو كان لأحدهما على الحائط ثوب مبسوط للاستعمال ولا شيء للآخر يقضى بينهما فكذا هذا.

وإن كان لأحدهما عليه جذوع والآخر هرادي يقضى به لصاحب الجذوع؛ لأن صاحب الجذوع مستعمل للحائط وصاحب الهرادي متعلق به ولكن لا يؤمر بنزع الهرادي؛ لأن هذا قضاء بالظاهر والظاهر لا يصلح حجة للإبطال. لأحدهما خشب عليه وللآخر عليه حائط سترة، فالحائط الأسفل لصاحب الخشبة ولصاحب السترة سترته وتفسير السترة هو ما يوضع للفصل بين الدارين فوق السطح؛ لأن وضع الجذوع تشق لصب السترة؛ لأنه يوضع الجذوع على الحائط أولًا ثم يبني عليه السترة فكانت يده أسبق فكان به أحق، وإنما لا ينزع السترة؛ لأن القضاء بالحائط بالظاهر حتى لو كان بالبينة ترفع.

ولو تنازعا في الحائط والسترة جميعًا فهما لصاحب الجذوع؛ لأن السترة مبنية على الحائط، ومن قضي له بشيء فالظاهر أن ما فوقه يكون له؛ لأنه في يده كصاحب السفل مع صاحب العلو إذا تنازعا في السقف وما عليه فهو لصاحب السفل.

خُص يدعيه اثنان والقِمْط إلى أحدهما فهو بينهما عند أبي حنيفة.

وعندهما: لصاحب القِمْط وعلى هذا الخلاف إذا كان وجه البناء أو الطاقات المعمولة في الحائط إلى أحدهما.

لهما: ما رُوي أن رجلين تنازعا في خصّ فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم حذيفة بن اليمان فقضى بالخص لمن إليه القِمْط، وذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فرضيه، ولأن الظاهر أن الإنسان إذا بنى الخص يجعل القِمْط ووجه البناء والطاقات إلى داره ولا يجعل إلى دار جاره؛ لأنه وقت شد القِمْط يقوم على سطحه ليشد الخص؛ لأنه لا يمكن من ذلك بالقيام في دار غيره فيكون القِمْط له باعتبار الظاهر.

له: أن هذا أمر محتمل، فإن الإنسان تارة يجعل وجه البناء إلى داره، وتارة إلى دار غيره وإلى الطريق ليتجمل بذلك وليرى غيره محاسن بنائه، وتارة يجعل قمط الخص إلى ملكه، وتارة إلى ملك جاره ليكون مستويًا في جانبه فيطيّنه أو يخصصه وهذا معتاد بين الناس، والحديث محتمل يحتمل أنه كان قضي بالخص لصاحب القِمْط بالبينة أو بالإقرار لا بسبب القِمْط، وإنما ذكر صاحب القِمْط لتعريف أحدهما من الآخر لا لأن القضاء وقع لأجله، وإذا كان محتملًا لهذا فلا يكون حجة مع الاحتمال.

جذوع شاخصة إلى دار رجل ليس له أن يجعل عليها كنيفا إلا برضاء صاحب الدار؛ لأن الدار وهواءها ملك لصاحب الدار وفي البناء شغل هواء داره ابتداء من غير دليل يدل على أن له ولاية الشغل وليس لصاحب الدار قطعها إذا أمكنه البناء والتسقيف عليها؛ لأن الظاهر أنه أشخص بحق إذا كان قديمًا؛ لأنه متى أمكنه البناء عليها تجري في ذلك منازعة، فالظاهر أنه ما جعل إلا بحق فإن شرط وقت القسمة

بأن يترك الجذوع ليبني عليها صاحبه الجذوع ولكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، فلو ثبت له حق البناء ثبت له استحقاق شغل هواء دار غيره فلا يكون له ذلك ويجوز أن يستحق التسقيف عليها يومًا من الدهر فكان إبقاؤها مفيدا.

وإن لم يكن البناء عليها بأن كانت جذوعًا صغارا أو جذعًا واحدًا فينظر إن كان قطعها يضر ببقية الجذوع ويضعفها لا يملك القطع، وإن لم يضر له أن يطالبه بالقطع؛ لأن مثل هذا قد يشخص بغير حق؛ لأن الظاهر أن يترك الجذوع للبناء عليها والانتفاع بها، فإذا لم يمكن البناء عليها دل ذلك على أن الترك بغير حق للقطع؛ لأنه قلّ ما تقع المنازعة في مثل هذا. فرق بين هذا وبين الشجرة إذا بدلت أغصانها في دار آخر يطالب بقطعها مطلقًا، والفرق أن كون الأغصان في دار الغير لا يجوز أن تستحق بأصل القسمة ابتداء؛ لأن قسمة الأرض والدار بشرط ترك الأغصان في دار آخر غير متعارف بل المتعارف بشرط القطع فلم يستحق ببقية الأغصان في دار آخر غير متعارف، بل المتعارف بشرط القطع فلم يستحق ببقية الأغصان وشرط ترك الجذوع إلى دار الآخر ليبني عليها صاحب الجذوع وقت القسمة معتاد متعارف فجاز أن يستحق ذلك بأصل القسمة وليس لصاحب الدار أن يعلق على أطراف هذه الجذوع شيئًا؛ لأنها ملك غيره فلا يجوز له أن ينتفع بها بغير إذنه.

[(النوادر)][(١)]: إذا كان له خشب على ساباط على حائط رجل فقال صاحب الحائط لصاحب الخشب ارفع خشبك عن حائطي ينظر إن لم يتنازعا في الحائط. ذكر الخصاف في كتاب (السجلات) إنه ليس لصاحب الحائط أن يزيل خشبه عن حائطه، وفي ظاهر الرواية: له أن يزيله، وجه ما ذكر الخصاف: أن الإقرار حجة ظاهرة قاصرة فيكون بمنزلة اليد والقضاء متى كان بظاهر اليد لا يؤمر برفع الخشبة فكذا هذا، وفي ظاهر الرواية له أن يزيله؛ لأن الإقرار على المقر حجة مطلقة كالبينة بل فوق البينة؛ لأنه سن حكمه بنفسه من غير قضاء والبينة لا، ولهذا إذا اجتمع الشهادة والإقرار قضي بالإقرار.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فصل.

ولو ثبت استحقاق الحائط بالبينة أمر صاحب الحشبة بالإزالة فكذا إذا ثبت بالإقرار، وإن تنازعا في الحائط قضي بالحائط لصاحب الدار في ظاهر الرواية، وقيل ذكر محمد في الدعوى ما يدل على أن الحائط لصاحب الساباط؛ لأنه متصرف في الحائط وصاحب الدار لا، فكان المتصرف أولى كدابة تنازع فيها اثنان أحدهما راكب والآخر متعلق بلجامها كان الراكب أولى، وجه ظاهر الرواية: أن الحائط متصل بملكه وبالاتصال تثبت اليد فكان الحائط في يده، ويجوز أن يكون الحائط له وللآخر وضع الخشبة في ابتداء الملك بالقسمة، فإنه قد يقسم الدار بين شخصين ويبقى لأحدهما الجذوع محمولة على الأرض ويستحق إبقاء ذلك على التأبيد.

حائط لرجلين ولأحدهما عليه عشر خشبات، ولِلآخر عليه أربع خشبات فأراد صاحب الأربع أن يلحقها بتمام عشر خشبات مثل صاحبه فله ذلك، وإن أراد أن يزيد على العشرة فليس له ذلك.

وكذلك إذا كانت جذوع أحدهما مرتفعة، وجذوع الآخر مستقلة فأراد أن يرفعها بإزاء جذوع صاحبه فله ذلك؛ لأنهما إذا تساويا في الحائط تساويا في الانتفاع به، وإن كان لأحدهما عليه خشب ولا شيء للآخر عليه فأراد أن يحمل عليه مثل خشب شريكه. اختلفوا فيه قيل له ذلك؛ لأن الحائط ملكهما فكان لكل واحد منهما حق الانتفاع به وقيل ليس له ذلك والفرق بين هذه وبين المسألة المتقدمة أن يجوز أن يكون هذا مستحقًا لأحدهما من أصل الملك وذلك حالة القسمة بأن يخرج الحائط في نصيب أحدهما فيكون أصله ملكًا له وللآخر حق الوضع للخشب عليه بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه لما كان لكل واحد عليه خشبات دل ذلك على أن أصله ملك لهما في الابتداء إذا كان جذوع أحدهما مرتفعة وجذوع الآخر متسفلة، وإن أراد أن يثقب الحائط لينزل فيه الخشب هل له ذلك؟ قيل ليس له ذلك؛ لأن فيه إخلالا بالحائط، وقال أبو عبد الله الجرجاني يعني بأن له ذلك؛ لأن الخشب في الحائط يقويه ولا يدخل فيه وهنًا، وقيل: ينظر إن كان ذلك مما يوجب وهنًا فيه لم يكن له ذلك، وإن كان مما لا يدخل فيه وهنًا فله ذلك، وإن كان لأحدهما سقف على أعلاه ولا شيء للآخر عليه فأراد صاحب السقف أن ينزل عن ذلك ويضع

الخشب دونه ينظر إن لم ينهدم الحائط ولم يبنياه فعلى الاختلاف الذي ذكرنا، وإن انهدم ثم أعاداه أو نقضاه ثم بنياه فله ذلك؛ لأن حقه في الأعلى، فإذا رضي بأن يجعله أسفل فله ذلك؛ لأنه أقل ضررًا بالحائط ومن رضي بدون حقه فله ذلك.

(الفتاوى): حائط بين شريكين وليس لأحدهما عليه سقف فأذن أحدهما لصاحبه أن يسقف عليه، ثم بدا له فأراد أن ينقضه. اختلف المتأخرون فيه قيل ليس له ذلك؛ لأن الوضع على ملكه مشترك، فمن حيث إنه ملك شريكه كان لشريكه أن ينقضه، ومن حيث إنه ملكه لا يكون له حق النقض بالشك، كما لو كانت الأرض بين شريكين زرع أحدهما بعضه بإذن شريكه ليس له أن يقلع وكما لو كانت الدار بين شريكين سكنها أحدهما بإذن شريكه وقيل له ذلك؛ لأن ملكه لا يزول بإذنه، فلو بقي التسقيف أدى إلى إبطال ملكه معنى بخروجه من أن يكون منتفعا به إذ لا يجوز المهأياة في تسقيف الحائط ولا يمكن قسمته بخلاف الأرض؛ لأن حق الشريك الآخر لا يبطل به يحصل بالقسمة، فإن الزارع يقول بتقاسم الأرض فلعل يخرج الزرع في نصيبي، وفي الدار يتوصل إلى حقه بالمهايأة.

(باب العلو والسفل)

(المبسوط) فيه فصول:

فصل في تصرف صاحب العلو والسفل فيهما.

وفصل في الانهدام والبناء والرجوع بما اتفق أحدهما.

وفصل في المنازعة والمصالحة فيهما.

(فصل)

وليس لصاحب السفل هدم سفله؛ لأن في بعض السفل نقض العلو وليس له نقض العلو وليس له أن يفتح فيه كوة ولا يدخل فيه جذعًا لم يكن قبل ذلك إلا برضاء صاحب العلو، وكذلك ليس لصاحب العلو أن يحدث على علوه بناء أو يضع جذعًا أو يشرع بيعًا لم يكن عند أبي حنيفة، وعندهما له ذلك إذا لم يضر

بالآخر؛ لأنه تصرف في خالص ملكه، وحق الآخر متعلق به. وكل تصرف لا يضر بصاحبه لا يمنع عنه لوقوعه في خالص ملكه والملك مطلق له، وكل تصرف يضر به يمنع عنه؛ لأنه محجور عن الإضرار بالغير له: أن حق صاحب العلو متعلق بالسفل باعتبار قيام العلو بالسفل، وحق صاحب السفل متعلق بالعلو باعتبار كونه متعلقًا له دافعًا للمطر وحر الشمس عن السفل فكان حق كل واحد منهما متعلقًا بالآخر حقًا لازمًا فكان بمنزلة الشريك فيه، فتصرفه لاقى عينًا فيها حق غيره فلا يكون له إلا بإذن صاحب الحق كالراهن إذا أراد أن يتصرف في المرهون.

وكذلك حائط مشترك ليس عليه جذوع فانهدم فبنياه ليس لأحدهما أن يضع عليه خشبة أو يبني عليه سترة أو يفتح فيه كوه؛ لأنه تصرف في الملك المشترك فلا يملك إلا بإذن شريكه. فعلى هذا لو أراد صاحب الدار أن يبني فيها تنورًا للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحى للطحن أو مدقات للقصارين له ذلك في القياس؛ لأنه تصرف في ملكه، وفي الاستحسان اختلف المشايخ فيه فأفتى أكثرهم أنه ليس له ذلك ويمنع منه إذا كان هذا ضرر أيضًا؛ لأن ذلك يضر بجيرانه ضررًا فاحشًا لا يمكن التحرز عنه، فإن تنور الخباز يأتي منه الدخان الكبير الشديد ورحى الطحن ودق القصارين يوجب ضعف البناء ووهنًا فيه وأراد أن يعمل في داره حمامًا له ذلك؛ لأن ذلك لا يضر إلا بالنداوة، والنداوة يمكن التحرز عنها، فإن يبني بين داره وجاره حائطًا بنورة.

(فصل)

انهدم السفل والعلو لا يجبر صاحب السفل على البناء؛ لأن الإنسان لا يجبر على عمارة ملكه لأجل نفسه، ولا يجوز أن يجبر رعاية لحق صاحب العلو؛ لأن حقه لم يتلف بتعدي صاحب السفل حتى يضمن، ولصاحب العلو بناء السفل؛ لأنه إذا لم يمكنه الانتفاع بملكه إلا ببناء السفل صار مأذونًا بالبناء شرعًا ليصل إلى حقه إذ فيه نظر له وليس فيه ضرر لصاحب السفل ويقوم إذن الشرع مقام إذن صاحب السفل ويمنع صاحبه من السكنى حتى يعطيه قيمته؛ لأنه كان مضطرًا في البناء لإحياء حقه ولم يكن متبرعًا فيه فكان له أن يمنع صاحبه من الانتفاع بملكه، فإذا

أدى إليه قيمة البناء يملك البناء عليه؛ لأنه لا سبيل إلى نقض البناء؛ لأن الثاني غير متعد في البناء فعند هذا إما أن يملك صاحب البناء الأرض أو صاحب الأرض البناء وتملك البناء أهون؛ لأنه تبع للأرض فيملكه بالقيمة، وعن الطحاوي حتى يعطيه ما أنفق في السفل؛ لأنه أنفق بإذن الشرع، فإنه يقوم مقام إذنه فصار كما لو أنفق بإذن صاحب السفل، فإن كان صاحب السفل هو الذي هدمه فاستحسن بعض المتأخرين وقالوا: إن بنى بأمر القاضي رجع بما أنفق، وإن بنى بغير أمره رجع بقيمة البناء وعليه الفتوى لما تبين في كتاب النفقات، فإن كان صاحب السفل هو الذي هدمه كلف إعادته؛ لأنه أتلف محلًّا يعلو به حق الغير فيضمن ذلك الحق فضمانه ببناء السفل، فإن ذلك الحق إنما يعود ببناء السفل هذا كالراهن إذا أتلف المرهون يضمن قيمته فكذا هذا، بخلاف ما إذا هدم أجنبي السفل لا يجبر على البناء بل يضمن قيمته؛ لأن الأصل في الضمان هو إيجاب المثل والبناء لا تمليك البناء فضمنا قيمته؛ لأنها مثله معنًى، وكذلك الراهن لا يجبر على رهن عبد آخر؛ لأنه لا يماثل الأول فضمن القيمة. أما هنا لا يمكن تضمين القيمة لأنها لا تماثل حقه؛ لأن حقه هو القدرة على بناء العلو وذلك لا يثبت بضمان القيمة، وإذا بنى صاحب السفل السفل يعود مثل حقه وهو القدرة على بناء العلو فأجبرناه على البناء وليس فيه ضرر على صاحب السفل وإيجاب ضمان زائد مما أتلف؛ لأن السفل له على أنه صفة بنائه. عقار أو حمام مشترك انهدم وصار ساحة، أو حائط انهدم ليس لأحدهما عليه جذوع فبنى أحدهما لم يرجع على شريكه بشيء؛ لأنه غير مضطر إلى البناء، فإنه يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يقسم الساحة وإلّا هي بينهما فيبني في نصيبه فيمكنه التوصل إلى حقه بدون الجبر على البناء ولما لم يكن مضطرًا في البناء لا يصير مأذونًا شرعًا في البناء، وإن كان على الحائط لهما جذوع لا يكون متطوعًا في البناء ويرجع بنصف قيمته؛ لأن لكل واحد من الشريكين حق في نصيب صاحبه وهو الحمل عليه، فلو جازت القسمة لسقط حق الآخر؛ لأن بالقسمة والبناء في نصيبه لا يتوصل إلى هذا الحق؛ لأن له وضع الجذوع على النصيبين جميعًا؛ لأن الأكبر بعد القسمة نصفين إذا بني فيها حائط قلّ ما يحمل الجذوع فكان

مضطرًا في البناء على نصيب صاحبه ليتوصل إلى حقه في وضع الجذوع في نصيب صاحبه لصاحب العلو في بناء السفل، وقيل إن كان موضع الحائط عريضًا يكون متطوعًا وإلا يرجع؛ لأنه يحتمل القسمة وأمكنه البناء في نصيبه، وإن كان دقيقًا لا يحمل القسمة والبناء في نصيبه لا يكون متطوعًا ويرجع، وفي الكتاب لا فصل بينهما وهو الصحيح لما قلنا، ولو قال شريكه أنا أضع الحمولة عليه ذكر في الفتاوى أنه يرجع عليه، وإن كان للثاني عليه جذوع دون الآخر لم يذكره محمد في الكتاب.

وذكر الخصاف في كتاب النفقات: أنه لا يكون متطوعا ويرجع كما إذا كان لهما عليه جذوع.

(فصل)

الجذوع والهرادي والبواري والطين والأرخ لصاحب السفل ولصاحب العلو الوطء والقرار على ذلك؛ لأن ذلك محمول على ملك صاحب السفل فكان صاحب المحل أحق به كما لو تنازعا في متاع محمول على بعير أحدهما ولأن يد صاحب السفل أسبق والظاهر يشهد له، فإن تنازعا في السقف وفي الحائط الذي فوق السقف اختلف المشايخ فيه قيل: يكون لصاحب السفل؛ لأن ذلك محمول على الجذوع الموضوعة على سقفه فيكون له، كما لو اختلفا في الجذوع وقيل لا يكون له وعليه الفتوى؛ لأن الاستحقاق إنما يثبت بالحمل على ملكه يتعين والجذوع محمولة موضوعة على ملكه بيقين؛ لأن السفل ملكه بيقين فيستحق الجذوع باعتبار الظاهر والجذوع التي عليها السقف والحائط مملوكة له من حيث الظاهر لا بيقين فلا يستحق بها الحائط إلا على المحول عليها؛ لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق.

ولو كان في السفل روشن ولصاحب العلو على الروشن طريق فاختصما في الروشن كان لصاحب السفل، ولصاحب العلو عليه طريق ومرور؛ لأن الروشن محمول على ملك صاحب السفل فكان له لكن لا يمنع صاحب العلو من المرور؛ لأن الظاهر أن له حق المرور ويجوز أن يكون حق المرور ثابتًا في أصل القسمة.

ثلاثة نفر لأحدهما سفل والثاني علو وللثالث على العلو علو فانهدمت الأبنية فقال كل واحد منهم لصاحبه: لك السفل ولي العلو يحلف كل واحد منهم لصاحبه: بالله إن هذه الأرض ليست ملكًا له، ولا يجب عليه بناؤه؛ لأنه ادعاه معنًى لو أقر به لزمه، فإذا اختلفوا فقال لكل واحد منهم: إني بنيت فلك أن تبني السفل وتبني عليه ما ادعيت من العلو وتمنع صاحبه من الانتفاع به إلى أن يدفع إليك ما أنفقت وإن شئت فدع.

(باب دعوى الطريق المسيل)

(المبسوط): فيه فصول:

فصل في الطريق.

وفصل في الميراث والمسيل والساقية.

وفصل في إقرار بعض الورثة بحق الطريق والمسيل.

وفصل في تغيير المسيل وتبديله.

(فصل)

باب رجل في دار آخر أو كان له باب مفتوح في حائطه على زقاق فادعى حق الطريق والمرور فيه فلصاحب الدار وأهل الزقاق أن يمنعه من المرور فيه حتى يقيم البينة؛ لأنه يدعي حقًّا فيما في يد الغير فلا يثبت إلا ببينة، وفتح الباب لا يدل على حق المرور؛ لأن كل أحد يمكنه فتح الباب في ملكه؛ لأنه تصرف في ملكه فلا يصير سببًا لاستحقاق الطريق على الغير، فإن شهد الشهود أنه كان يمر فيه لا يقضى له؛ لأن هذه شهادة بيد ماضية والشهادة بيد ماضية باطلة.

وإن شهدوا أن له طريقًا فيها ولم يثبتوا عرضه ولا طوله تقبل قيل: هذا إذا شهدوا على إقرار المدعى عليه؛ لأن الإقرار بالمجهول جائز، فأما الشهادة ابتداء على المجهول باطلة والصحيح أنها تقبل؛ لأن الشهادة مرتفعة ضمنًا واقتضاء؛ لأنه موضع المرور بين الناس مقدر بقدر عرض الباب وارتفاعه إلى السماء مقدار طول الباب فيقضي القاضي بذلك القدر فصار معلومًا شرعًا وعرفًا، وإن كان مجهولًا بيانًا كما لو اختلف الشركاء في الطريق.

(فصل)

ميزاب منصوب إلى دار رجل فاختلفا في حق إجراء الماء وإسالته، فإن كان في حال عدم جريان الماء لا يستحق إجراء الماء وإسالته إلا ببينة لما بينا في الطريق.

وحكى الفقيه أبو الليث في نوازله عن أصحابنا المتأخرين أنهم استحسنوا أنه إن كان الميزاب قديمًا وكان تصويب السطح إلى داره وعلم أن التصويب كان قديما فله حق المسيل؛ لأن هذه دلالة وإقامة البينة على ذلك متعذرة، وإن اختلفا في حال جريان الماء فالقول لصاحب الميزاب ويستحق إجراء الماء؛ لأنه يتصرف إذ التصرف في الميزاب إنما يكون بمنزلة التصرف في الساقية وقيل لا يستحق وفرقوا بينه وبين الساقية والفرق أن المطر الذي يجري في الميزاب ليس بمالكه فلم يترجح به وفي الساقية ملكه، ألا ترى أنه يحصل بفعله فجاز أن يترجح به.

اشترى دارًا وتحت هذه الدار سرداب أو بئر بالوعة من دار أخرى بجانبها، فإن كان للبائع يؤمر له برفعه، وإن كان للأجنبي، فإن استحقها ببينة أقامها على أن ذلك حق واجب له كان هذا قديما في الدار المشتراة فللمشتري أن يردها على البائع؛ لأنه باع أرض هذه الدار بسفلها وفوقها إلى السماء، وإن لم يستحق بالبينة لكن يعرف أن بناءه قد تم ويعرف أيضًا له بملك مدعيه اختلفوا فيه قيل: لا يستحق، وقيل: يستحق على حسب الاختلاف في الميزاب والدولاب، فإن أقام البينة أن له حق المسيل وبينوا أنه لماء المطر من هذا الميزاب فهو لماء المطر وليس له أن يسيل ماء الاغتسال والوضوء فيه، وإن لم يثبتوا أنه لماء الاغتسال والوضوء فهو لذلك، وليس له أن يسيل ماء المطر فيه لأنهما مختلفان متفاوتان في القدر والكثرة والمدة، فإن ماء الاغتسال والوضوء يكون بطول السنة في كل زمان ولكن لا يكون في الكثرة مثل ماء المطر، وماء المطر يكون في أوقات مخصوصة من السنة لكن يكون أكثر من ماء الاغتسال والوضوء ولا يستحق إلا قدر ما شهدوا به.

وإن قالوا: له منها حق مسيل ماء ولم يبينوا لماء المطر أو غيره صح والقول لرب الدار مع يمينه أنه لماء المطر أو لماء الوضوء والغسالة؛ لأن الشهادة تثبت له حق أصل المسيل ولم يثبت وصفه ولبينته فيرجع في البيان إلى رب الدار كما لو

قامت البينة على غصب الثوب قبلت ويرجع في طوله وعرضه وقيمته إلى قول الغاصب مع يمينه؛ لأن هذا أمر يجري فيه البدل والإقرار فيجري فيه اليمين عند الإنكار، وقال بعض مشايخنا: لا تقبل هذه الشهادة في المسيل ويقبل في الطريق؛ لأن الطريق معلوم شرعًا وعرفًا لما بينا، والمسيل ليس بمعلوم؛ لأن لسبيل الماء نوعان وهما حبيسان مختلفان لعظم التفاوت بينهما وتفاحشه فتعذر القول بالعموم وتعذر القضاء بأحدهما؛ لأنه مجهول فكانت الشهادة قائمة على أمر مجهول فلا تقبل فتكون المسألة محمولة على ما إذا شهدوا على إقرار المدعى عليه بدلالة قوله إنه يرجع إلى البيان إليه، وإنما يرجع في البيان إلى المشهود عليه إذا كان المشهود به إقرارًا بشيء مجهول؛ لأنه هو المجمل. فأما إذا كان المشهود به باتًا بالبينة لا بإقراره لا يرجع في البيان إليه.

وإذا ادعى النهر في أرض رجل أو وضع الخشبة على حائطه لا يصح ما لم يبين موضع النهر من هذه الأرض ويبين حق وضع خشبة أو خشبتين وغلظهما لتفاوتهما في الثقل والخفة والكثرة في المضرة والقلة.

ادعى أحدهما أن له حق أجر الماء في هذه الساقية من دولابه في ملك الغير إلى مراحه، فإن اختلفا حال عدم جريان الماء لا يستحق إلا ببينة، فإن اختلفا حال جريان الماء فالقول قوله بخلاف الميزاب، وقد بينا الفرق بينهما وإن شهدوا أنه كان أمس الماء جاريا في هذه الساقية إلى أرضه لا تقبل إلا في رواية عن أبي يوسف بناء على أداء الشهادة بيد كانت لا تقبل خلافًا له.

(المنتقى): وكذلك لو شهدوا أن هذه الناوقة كانت أمس موضوعة على نهر هذا ويوم الخصومة لم تكن موضوعة.

وإن شهدوا أنه كان لهذا المدعي أمس الماء جاريًا من هذا النهر إلى أرضه فقطعه صاحب هذا النهر، أو شهدوا أن الماء كان يجري في ملك الناوقة إلى أرضه فجاءت الريح وأسقطت الناوقة، أو جاء السيل فاحتمل الناوقة فذهب بها والمدعي يدعي ذلك، فإنه يقضى للمدعي أن يعيد الناوقة بالإجماع.

(فصل)

دار بين ورثة أقر بعضهم أن لفلان منها طريقًا أو مسيل ماء لم يكن له أن يمر أو يسيل حتى يتفقوا؛ لأنه لا يمكنه الانتفاع بالطريق والمسيل في نصيب المقر؛ لأن الدار مشتركة بين جميع الورثة، وليس له حق الانتفاع بنصيب سائر الورثة؛ لأن إقرار البعض لا يصح على البعض ولكن تقسم الدار، فإن وقع الطريق والمسيل في نصيب المقر فللمقر له الإسالة والاستطراق، فإن وقع في نصيب الساكن يضرب المقر له بقيمة الطريق والمسيل في حصة المقر، والمقر بحصته سوى قيمة الطريق والمسيل فيكون بينهما على ذلك؛ لأنه أقر له بحق المرور وبسيل الماء لا برقبة الطريق، حتى لو أقر برقبة الطريق فحينئذ يضرب المقر له بقدر ذرعان الطريق والمقر يقدر ذرعان نصيبه سوى ذرعان الطريق ويجب أن يكون هذا على قولهما، فأما على قول محمد يجب أن يضرب المقر له بنصف قيمة الطريق والمسيل والمقر بقيمة جميع نصيبه إلا قدر قيمة نصف الطريق قياسًا على مسألة الإقرار.

دار بين رجلين فيها عشر بيوت أقر أحدهما ببيت بعينه لرجل لا يصح وتقسم الدار، وعندهما يضرب المقر له بجميع ذرعان البيت في نصيب المقر والمقر بنصف ذرعان الدار إلا قدر ذرعان البيت، وعند محمد يضرب المقر له بنصف ذرعان البيت على ما عرف في كتاب الإقرار.

(فصل)

قناة لرجل في دار آخر أراد أن يجعلها ميزابًا ليس له ذلك إلا برضاء صاحب الدار، وكذلك لو أراد أن يجعل الميزاب قناة إلا إذا لم يكن عليه ضرر بيّن؛ لأن القناة تكون تحت الأرض.

وصورته: أن يكون ماءٌ بسطحه ينزل من سطحه في حائطه ويدخل تحت أرض صاحب الدار في قناة، ثم تخرج منها إلى سكة والماء يجري تحت الأرض في قناة والميزاب يكون على وجه الأرض، فمتى أراد أن يجعل القناة ميزابًا فقد أراد انتفاعه بوجه الأرض، وفي ذلك ضرر لصاحب الدار لا محالة، ومتى أراد أن يجعل

الميزاب قناة مقدار هدم حافتي النهر، وفي ذلك ضرر حتى لو لم يكن فيه ضررًا بأن كان لا يحتاج إلى هدم حافتي النهر، فإن كان واسعًا كان له ذلك، قيل: هذا إذا كان له حق المسيل لا ملك الرقبة، فإن كان له رقبة المسيل بأن كان في داره ذرعان معلومة مملوكة له فله أن يتصرف فيه كيف شاء، وليس له أن ينقل الميزاب عن موضعه أو يرفعه أو يضعه، ولا أن يجعله ميزابًا أطول أو أعرض، ولا أن يسيل فيه ماء سطح آخر، أما النقل فلأنه لا يجوز أن يستعمل مكانًا ليس له حق الشغل، وأما الرفع ولأنه استحق حمل الميزاب على بعض الحائط فلا يجوز أن يستحق الحمل على جميعه، ولأن صب الماء من الأعلى أضر من صبه من الأسفل، وأما السفل فلأنه لا يمكنه ذلك إلا بعد هدم بعض الحائط المشترك، وأما الإطالة ولأنه يأخذ زيادة الهواء والهواء ملك الغير ولأنه ينصب الماء في مكان آخر ليس له حق الصب في ذلك المكان، وأما الإقصار فلأنه إذا كان طويلًا لا يترشش منه على الحائط، فإذا كان قصيرًا يترشش منه الماء على جوانبه فيؤدي إلى الضرر وليس لأهل الدار أن يبنوا بناء يسد مسيله لأنهم أرادوا إبطال حقه في المسيل.

وإن أرادوا أن يبنوا بناء يسيل ماؤه على ظهره فلهم ذلك؛ لأنه لا ضرر لصاحب المسيل؛ لأنه لا فرق بين أن يسيل الماء على ظهر داره وبين أن يسيل على صحن داره فكذلك في الطريق لو أراد صاحب الدار أن يبني في ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس له ذلك.

ولو أراد أن يبني ما يصعد على البناء ويمشي ليس له ذلك؛ لأن فيه تكليف مشقة الصعود والطلوع، فإن ترك له مدار عرض باب الدار وبنى ما سوى ذلك فله ذلك؛ لأن حقه في قدر عرض باب الدار وما سوى ذلك لا حق له فيه، ولا يمنع من التصرف لحقّه وعمارة السطح الذي يسيل عليه الماء على صاحب الميزاب؛ ولأن ذلك حصل بتسييله الماء.

(المنتقى): رجل له قناة عليها أشجار لقوم فأراد صاحب القناة أن يصرف قناته عن هذا النهر ويحفر لها موضعًا آخر. قال: إذا كان الشجر عليها قديمًا لا يدري من غرس فليس لصاحب القناة أن يصرف الماء عن هذا النهر؛ لأن للأشجار التي على

حافتيه حق الشرب من هذا الماء، وإن باع صاحب القناة القناة كان صاحب الشجر شفيع جوار؛ لأن له موضع أصول الشجر. قال محمد رحمه الله: قناة جارية ومحتفرها وبعض أنهارها في ساحة دار رجل، أو محتفرها في أرض رجل وعلى الأرض حائط محيط فادعى صاحب القناة ظهر آباره وادعى صاحب الأرض أو الدار ذلك فما كان في الدار فهو لصاحب الدار؛ لأن منزله بناه على ظهرها فتكون في يده، وما كان في الأرض فهو لصاحب القناة إذا لم يعلم في يد من هو إلا إذا كان صاحب الأرض قد زرعها وحصد زرعها فهو له؛ لأنه إذا زرعها فقد صارت في يده.

كتاب الدعوى في النسب

نحتاج إلى معرفة: شرعية النسب، وسبب ثبات النسب، وشرطه، وحكمه.

أما شرعية النسب: فلقوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥] وقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَن انْتَسَبَ إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، أَو انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ**"(١)، ولأن الولد يحتاج إلى النفقة والتربية والتغذية لاستيفاء مهجته واستحفاظه وصونه عن الضياع، فلو لم يثبت نسبه من أبويه لهلك جوعًا وعري لعجزه عن التكسب ولفقده من يقوم بتربيته وحضانته.

وأما سبب ثباته: هو الفراش، فإن النسب لا يثبت إلا بالفراش لقوله عليه السلام: "**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**"(٢) يعني لصاحب الفراش لا للفراش؛ لأن

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٥٣٩/٨ (٢٦٦٣٥) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا وهيب. و«أحمد» ٣٢٨/١ (٣٠٣٨) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا وهيب. و«ابن ماجه» (٢٦٠٩) قال: حدثنا أبو بشر بكر بن خلف، قال: حدثنا ابن أبي الضيف. و«أبو يعلى» (٢٥٤٠) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا وهيب. و«ابن حبان» (٤١٧) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا وهيب.
كلاهما: (وهيب بن خالد، ومحمد بن أبي الضيف) قالا: حدثنا عبد الله بن عثمان بن خثيم، عن سعيد بن جبير، فذكره.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٠٧٥٠) عن ابن جريج، قال: أخبرني عبد الكريم. وفي (١٠٧٥١) عن المثنى. و«ابن أبي شيبة» ٣٤٩/٢ (٧٤٠٥) و٢٤٧/٤: ٢ (١٧٠٣٦) و٤١٥/٤: ٢ (١٧٩٨٣) و١٤٣/٩ (٢٧٣٢٧) و٤٨٧/١٤ (٣٨٠٥٩) قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: حدثنا حسين المعلم. و«أحمد» ١٧٩/٢ (٦٦٨١) قال: حدثنا يحيى، عن حسين. وفي١٨٢/٢ (٦٧١٢) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج، عن عبد الكريم الجزري. وفي ١٨٤/٢ (٦٧٢٧) قال: حدثنا يحيى بن حماد، قال: حدثنا أبو عوانة، عن داود بن أبي هند. وفي (٦٧٢٨) قال: حدثنا عبد الصمد، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا داود. وفي ١٨٧/٢ (٦٧٥٧) قال: حدثنا أبو كامل، قال: حدثنا حماد، يعني ابن سلمة، قال: أخبرني حبيب المعلم. وفي ١٨٩/٢
=

الخصومة والمشاجرة جرت بين الزاني وبين مالك اليمين لا بين الزاني وبين المزنية. والمرء إنما يصير صاحب الفراش بأخذ نوعي الملك ملك النكاح أو ملك اليمين؛ لأن الفراش اسم لما يستفرش فسميت المنكوحة فراشًا؛ لأنها بمعنى الفراش الحقيقي فإنها تصير مستفرشة عند الوطء، وإنما تصير مستفرشة عند الوطء إذا كانت مملوكة مباحة الاستفراش، فأما إذا كانت محرمة الاستفراش لا تستفرش عادة وشرعًا ولا يكون في معنى الفراش ثم شبهة الفراش وتأويله ملحقة بحقيقة الملك والفراش احتياطا؛ لأن النسب يحتاط في إثباته صيانة للولد عن الضياع، والأمة لا تصير فراشًا ولا تثبت النسب إلا بالدعوى من المولى، وعند الشافعي يصير فراشًا بالإقرار بالوطء[1].

والصحيح قولنا؛ لأنه ليس من ضرورة الوطء وجود الولد منه إذ كل وطء لا

=

(٦٧٧٠ و٦٧٧٢) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا حسين المعلم. وفي ٢/٢٠٧ (٦٩٣٣) قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا حسين المعلم. وفي ٢/٢١١ (٦٩٧١) قال: حدثنا عبد الصمد، قال: حدثنا عمران القطان، قال: حدثنا عامر الأحول. وفي ٢/٢١٢ (٦٩٩٢) قال: حدثنا عبد الوهاب بن عطاء، قال: وحدثنا حسين المعلم. و«أبو داود» (٢٢٧٤) قال: حدثنا زهير بن حرب، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا حسين المعلم. وفي (٣٥٤٧ و٤٥٦٦) قال: حدثنا أبو كامل، فضيل بن حسين، أن خالد بن الحارث حدثهم، قال: أخبرنا حسين، يعني المعلم. وفي (٤٥٦٢) قال: حدثنا هدبة بن خالد، قال: حدثنا همام، قال: حدثنا حسين المعلم. و«الترمذي» (١٣٩٠ و١٥٨٥) قال: حدثنا حميد بن مسعدة، قال: أخبرنا يزيد بن زريع، قال: أخبرنا حسين المعلم. و«النسائي» ٥/٦٥ و٦/٢٧٨ و٨/٢٥٧، وفي «الكبرى» (٢٣٣٢ و٦٥٥٦ و٧٠٢٦ و٧٠٢٨) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال: حدثنا خالد بن الحارث، قال: حدثنا حسين المعلم. وفي ٦/٢٧٨، وفي «الكبرى» (٦٥٥٦) قال: أخبرنا حميد بن مسعدة، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا حسين المعلم. وفي ٨/٥٧، وفي «الكبرى» (٧٠٢٧) قال: أخبرني عبد الله بن الهيثم، قال: حدثنا حجاج، قال: حدثنا همام، قال: حدثنا حسين المعلم، وابن جريج.

سبعتهم: (عبد الكريم الجزري، والمثنى بن الصباح، وحسين المعلم، وداود بن أبي هند، وحبيب المعلم، وعامر الأحول، وابن جريج) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

(١) انظر: حاشية الدسوقي ١/٥١٩، وحاشية ابن عابدين ٢/٩٥.

يكون معلِّقًا ومحبلًا، ولا يكون الوطء دليلًا على وجود الولد من الواطئ لا محالة لتوهم أن يكون من غيره فلأن كون الإقرار بالوطء إقرارًا يكون الولد منه وهذا لأنه إنما لا يثبت النسب منه قبل الإقرار؛ لأنه يتوهم أنه من غيره وهذا التوهم قائم بعد الإقرار بالوطء وبعد الوطء فلا يثبت نسبه منه بخلاف المنكوحة؛ لأن ثمة ما يثبت النسب لمجرد النكاح من غير اعتبار الوطء لقوله عليه السلام: "**الولد للفراش**" جعل النكاح سببًا لإضافة الولد إليه مطلقًا.

ولو حصن الولي أمته ووطئها فجاءت بولد يستحب له أن يدعيه؛ لأن الظاهر أنه منه ولكن لا يثبت النسب ما لم يدع لأنها لم تصر فراشًا له بعد ويتوهم أن الولد من غيره من زنا أو نكاح فاسد، وإن كان الظاهر أنه منه وهذا إذا لم يعلم حقيقة أنه منه.

وإن علم بأنه منه يجب عليه أن يدعي ولا ينكر ولا ينفي، وإن لم يحصنها فله أن ينكر، وإذا جاءت بولد وادعى المولى الولد تصير فراشًا له؛ لأنه جعلها للاستيلاد كالمنكوحة، وهذا لأن الإنسان قد يطأ جاريته لقضاء الشهوة والوطء لا للاستيلاد والنسل ويعزل عنها ولا يرسل منيه في رحمها فلا تصير الأمة لمجرد الوطء فراشًا له ما لم تنضم إليه الدعوى.

وأما شرطه: فيتصور علوق الولد من المدعي حتى لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت النسب منه؛ لأنه لا يتصور انعلاق الولد منه ومن غير المالك لفقد الفراش.

(باب دعوى البائع والمشتري ولد الجارية المبيعة)

(**المبسوط**): أصله أن الدعوى ثلاثة أنواع: دعوى استيلاد، ودعوى تحرير، وهي دعوى الملك، ودعوى شبهة الملك.

أما دعوى الاستيلاد: أن يدعي نسب ولد أصل علوقه كان في ملكه علمًا ويقينًا ويصح في الملك وغير الملك ويستند إلى وقت العلوق ويوجب فسخ ما جرى من العقود إن كان الولد محلًا للنسب وقابلًا لفسخ العقد فيه ويجعل معترفًا بوطء الجارية مستندًا إلى وقت العلوق وأمومة الولد تبع لثبات النسب في الولد؛ لأنا متى تيقنا بعلوق الولد في ملكه كانت الدعوى بسبب اتصال العلوق بملكه بمنزلة البينة

العادلة، بل كالمشاهدة والمعاينة في حق ثبات النسب وحرية الولد بأصل الفطرة وصيرورة الجارية أم ولد له بحكم الضرورة.

وأما دعوى التحرير: أن يدعي نسب ولد لم يكن علوقه في ملكه، فإنها تصح في الملك لا في غير الملك ولا يجعل معترفًا بالوطء ولا توجب فسخ العقد فيه، وفي كل موضع أمكن إثبات العتق تصح وإلا فلا، حتى لو اشترى جارية حاملًا ثم ادعى المشتري الولد كانت هذه دعوة تحرير حتى يعتق الولد.

ولو باعها ثم ولدت عند المشتري فادعاه البائع لا تصلح دعواه؛ لأنها تحرير للحال بمنزلة إعتاق مبتدأ، ولهذا يكون للمدعي ولا هذا الولد والتحرير إنما يصح لقيام الملك وقت التحرير.

وأما دعوى شبهة الملك: وهي دعوى الأب وله جارية ولده فيصح على اعتبار ولايته على الولد من وقت العلوق إلى وقت الدعوى وبلا انقطاع؛ لأن شرط صحة هذه الدعوى قيام شبهة الملك وولاية التملك في جارية ابنه من وقت العلوق إلى وقت الدعوى؛ لأن الأب بالدعوى يصير مستولدًا ملك نفسه وبتملك الجارية بالاستيلاد يقتضي الوطء سابقًا عليه، وإنما يكون كذلك إذا كان له ولاية التملك على الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوى، ثم إذا اجتمعت الادعاءات فدعوى الاستيلاد أولى من دعوى التحرير لأنها تستند إلى وقت العلوق حتى علق الولد حر الأصل ودعوى التحرير تقتصر على الحال حتى يعتق الولد للحال فتصح السابقة وتبطل اللاحقة، فإن سبقتها دعوى التحرير فهي أولى؛ لأنه متى صحت دعوى التحرير وثبتت الحرية سابقة على العلوق لم تصح دعوى الاستيلاد لانعدام الملك وقت العلوق، ودعوى التحرير أولى من دعوى شبهة الملك؛ لأن التحرير متى صح من الابن لمصادفته ملكه لم يبق للأب ولاية التملك وقت الدعوى ففقد شرط صحة الدعوى فلم يصح.

ودعوى صاحب النكاح أولى من الكل فاسدًا كان النكاح أو صحيحًا، كمن أقر بالفراش لغيره ثم ادعى نسبًا لنفسه لا تقبل؛ لأن النسب الثابت بفراش النكاح آكد وأبين من النسب الثابت بملك اليمين؛ لأن فراش أم الولد ليس بلازم متأكد؛ لأنه

يملك النقل إلى غيره بأن زوجها من غيره أو يعتقها ولا كذلك فراش المنكوحة والنسب بناء على الفراش فما يكون آكد وأقوى لا ينتفى بالنفي والأضعف والأوهى ينتفي بالنفي ليظهر انحطاط ربيبته ثم مسائله على فصول: فصل في دعوى ولد المبيعة، وفصل في دعوته بعد عتق أحدهما أو التصرف فيه، وفصل في دعوته بعد الجناية عليه، وفصل في دعوى أحد ولدي المبيعة.

(فصل)

باع أمه فولدت عند المشتري فلا يخلو إما أن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر بعد البيع أو لستة أشهر فصاعدًا أو لأكثر من سنتين من وقت البيع، وكل وجه لا يخلو إما أن ادعى البائع أو المشتري أو ادعياه جميعًا معًا أو متعاقبًا، فإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، وادعى البائع أو شهد شاهدان على إقراره به يثبت نسبه منه وتصير الجارية أم ولد له وينتقض البيع ويرد الثمن على المشتري.

وقال زفر والشافعي: لا تصح دعوته قياسًا؛ لأنه أقر بصحة البيع ثم يدعي الفساد بدعوى الاستيلاد، ولا يصدق؛ لأنه إقرار في ملك غيره فلا تصح بدون تصديقه.

لنا: أن الظاهر يشهد له على صدق دعوته؛ لأنا تيقنا بالعلوق في ملكه متى جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر. والعلوق إذا كان في ملك إنسان فالظاهر أن الولد منه، ولهذا يصدق إذا ولدت في ملكه في دعوى النسب ولم يصر بدعواه مناقضًا في كلامه؛ لأن الإعلاق أمر مستتر مخفي فيحتمل على أنه كان لم يشعر به والآن يشعر به فكان الظاهر يشهد له في دعوى الاستيلاد فتصدق فيه احتياطا في ثبات النسب.

وإن ادعى المشتري تصح دعوته ويعتق؛ لأن دعوته دعوى تحرير، ولهذا أثبت له ولاء الولد ودعوى التحرير تصح منه.

ولو ادعياه معًا فدعوى البائع أولى لأنها دعوى استيلاد وهي سابقة معنًى لما بينا.

وإن ادعيا على التعاقب فالسابق منهما أولى أيهما كان لما بينا.

وإن جاءت بالولد لستة أشهر من وقت البيع فدعوى البائع لا تصح إلا بتصديق

المشتري؛ لأنا لم نتيقن بعلوق الولد في ملكه، بل يحتمل أنه حدث في ملك المشتري ومتى تصادقا ثبت العلوق في ملكه بتصادقهما؛ لأن الحق لهما فأمكن تصديقه وقد احتمل ذلك فصحت دعوته دعوى الاستيلاد حتى يكون الولد حر الأصل ولا يكون له عليه ولاء، فإن ادعيا معًا أو متعاقبًا تصح دعوى المشتري دون البائع لما بينا.

وإن جاءت بالولد لأكثر من سنتين لا تصح دعوى البائع إلا بتصديق المشتري، فإن صدقه المشتري ثبت النسب منه، ولا ينتقض البيع ولا تصير الجارية أم ولد له، ويبقى الولد ملكًا للمشتري؛ لأنه لم يحتمل العلوق في ملك البائع فصار كما لو ادعى أجنبي وصدقه المشتري، إن ادعياه معًا أو متعاقبًا تصح دعوى المشتري لما بينا وهذا كله إذا علم مدة الولادة، وإن لم يعلم مدة الولادة بعد البيع، فإن اختلفا في المدة لا تصح دعوى البائع إلا بتصديق المشتري، وتصح دعوى المشتري؛ لأن البائع يدعي بطلان البيع فالظاهر لم يشهد له والمشتري ينكر فالقول له.

وإن ادعيا معًا فالقول لا يصح دعوى واحد منهما؛ لأنه وقع الشك في ثبات النسب من كل واحد منهما إن كان لأقل من ستة أشهر ثبت من البائع، وإن كان لستة أشهر أو أكثر ثبت من المشتري فلا يثبت النسب من كل واحد منهما بالشك.

وإن ادعياه متعاقبًا، إن سبق المشتري صحت دعوته وإن سبق البائع لا تصح دعوى واحد منهما؛ لوقوع الشك في ثبات النسب من البائع أو المشتري، وسواء كان البائع ذميًا أو مكاتبًا والمشتري حرًا أو مسلمًا ادعى البائع قبل الولادة يكون موقوفًا لينفصل حيًا فينفذ؛ لأن شرط صحة دعوى البائع اتصال العلوق بملكه بيقين، ولا يتحقق هذا قبل الولادة لجواز أنها تلد لستة أشهر فصاعدًا فيتوقف إلى أن يظهر بالولادة أن العلوق كان متصلًا بملكه بيقين.

ولو لم يكن أصل الحَبَل عند البائع بأن كان اشتراها حبلى ثم باع لا تصح دعواه فالقول للبائع إن الحَبَل كان عنده؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأن حدوث الحبل عنده حيث جاء به لأقل من ستة أشهر فالظاهر أن العلوق كان عنده؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأنه هو المتمكن من الوطء دون غيره فيكون القول له مع يمينه، وإذا حبلت أمة في

ملك رجل فباعها وتداولتها الأيدي ثم رجعت إلى الأول فولدت في يده فادعى نسبه ثبت نسبه منه وتبطل البيوع كلها وتراجعوا بالأثمان.

ولو يكن أصل الحَبَل عنده لم تبطل العقود.

ولو ولدت عند البائع ثم باعها ثم ادعاها وأحبلها في العلوق عند البائع، فأقام البائع البينة أنه اشتراها من فلان قبل البيع منذ سنة وقد حبلت عنده، وأقام المشتري البينة أنه اشتراها قبل البيع بيوم والحبل عنده، فالبينة بينة البائع مثبتة بالبيع في وقت لا ينازعه المشتري في ذلك الوقت. اشترى جارية على أنه بالخيار فولدت في الثلاث فادعاه يثبت النسب؛ لأنها حين ولدت انتقصت وتعيبت والخيار يبطل بتعيب المبيع عند المشتري فلزم البيع فكانت دعوته مصادفة ملكه فصحت.

ولو كان الخيار للبائع فنقض البيع كانت دعوى المشتري باطلة؛ لأن دعوته صادفت ملك البائع إلا إذا ملكها يومًا ثبت نسبه منه؛ لأن الدعوى إقرار بنسب ثابت وليس بإثبات النسب للحال، والإقرار قبل الملك صحيح ولكن يتوقف نفاذه على الملك كما لو أقر بحرية عبد الغير.

(**المنتقى**): رجل باع أمة حاملًا فقال البائع ليس هذا الحمل مني فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر فادعاه البائع صحت الدعوى وردّت الجارية والولد إليه؛ لأن هذا حق الولد فلا يبطل بإنكار البائع الحمل.

باع أم ولده والمشتري يعلم أنها أم ولد البائع فجاءت بولد فادعاه المشتري لا يصح ويكون ابن البائع؛ لأن الأمة أم ولده وله فراش عليها، فإن نفاه البائع ثبت نسبه من المشتري استحسانًا وتكون للبائع بمنزلة أمة.

وكذلك لو لم يعلم المشتري بأنها أم ولد البائع إلا أن الولد يكون حرًا إذا نفاه البائع وادعاه المشتري.

ولو باع مدبرته من رجل وقد عرف المشتري أنها مدبرته وقبضها فوطئها فولدت منه ثبت نسبه منه ولم يعتق وردّه مع أمه إلى البائع رقيقين؛ لأن المشتري ليس بمعذور فيتبع الولد الأم في الرق إلا أن نسبه ثبت من المشتري لقيام شبهة الملك له في الجارية فصحت دعوته.

(فصل)

ولو ماتت الأم ثم ادعى البائع الولد فهو مصدق في الدعوى؛ لأن الأصل في ثبات النسب هو الولد وأبوية الولد تثبت تبعًا له وثبات النسب يقبل الفصل عنه في الجملة فتعذر إثبات الاستيلاد في الأم لا يمنع ثبات النسب ويرد البائع الثمن كله عند أبي حنيفة؛ لأنه إذا ثبت النسب تبين أنه باع أم ولده فلا يثبت بالقول؛ لأنه لا قيمة لها في المعاقدات، ولها قيمة في الإتلافات فكانت مضمونة بالقبض فترجع بحصة الولد وعندهما لا يرد حصة الأم وهذا بناء على أن مالية أم الولد متقومة عندهما، وعنده غير متقومة، وصارت الجارية أم ولد؛ لأنه ليس فيها ما يمنع صحة الدعوى فيثبت حكم الاستيلاد فيها تبعًا لثبات نسب الولد إلا أنها احتبست عند المشتري بالموت وهي لا تضمن بالحبس والاحتباس عند أبي حنيفة في العقود خلافًا لهما.

ولو أعتق المشتري الأم أو دبرها أو استولدها ثم ادعى البائع الولد يجب عليه رد حصة الولد من الثمن ولا يرد حصة الأم بلا خلاف؛ لأن الجارية لم تصر أم ولد للبائع حتى يبطل تقومها؛ لأن فيها ما يمنع صحة الاستيلاد.

ولو باع الأم أو كاتبها أو أجرها أو وهبها تبطل العقود وترد إليه؛ لأن هذه التصرفات قابلة للنقض وقد وجب نقضها؛ لأنه ظهر أنها صادفت أم الولد فينتقض بخلاف العتق والتدبير والاستيلاد، فإنه لا يقبل الانتقاض، فإن أعتق الولد أو دبره لا تصح دعوته؛ لأنه نفذ عتق المشتري وتدبيره وثبت ولاؤه من حصته والولاء لا يقبل الانتقاض كالنسب.

ولو صحت دعوته بحكم الإعلاق يبطل الولاء؛ لأنه يظهر أنه علق حر الأصل فلا تصح دعوته إلا بتصديق المشتري: ولدت الجارية بنتًا وللبنت ابنًا فأعتق المشتري الابن ثم ادعى البائع البنت يصح، ويبطل عتق المشتري في الابن؛ لأنه لما صحت دعوته في الأم استندت الدعوى إلى وقت العلوق وظهر أنها علقت حرة الأصل وأن بيعها كان باطلًا وأن المشتري لم يملكها، وإذا لم يملكها يظهر أنه لم يملك ابنها وأن إعتاقه كان باطلًا؛ لأنه أعتق ما لا يملكه وكلاهما ثابتي النسب منه.

ولو ولدت بنتًا عند البائع وأن البنت ولدت ابنًا ثم باع الابن فأعتقه المشتري فادعى البائع البنت بطل البيع والعتق؛ لأنه لما صحت دعوته في البنت استمرت الدعوى إلى وقت العلوق فظهر أنها علقت حرة الأصل وأن ابنها علق حر الأصل وأن بيعه كان باطلًا وقد أعتق المشتري ما لا يملكه.

ولو باع البنت فأعتقها المشتري ثم ادعى البائع البنت لا يصح ويعتق ابن البنت الذي عنده؛ لأنه لم تصح دعوى البنت؛ لأنها أعتقت وثبت ولاؤها من جهة المشتري، وإذا لم يثبت نسبها منه لا يثبت نسب ولدها؛ لأنه لا يتصور ابن البنت بدون البنت ولكن يعتق؛ لأنه من زعمه أنه ولد له وأنه حر وهو مالك لتحريره فيعتق عليه بزعمه وإن لم يثبت النسب منه.

ولدت في يد البائع ثم باع الأم فزوجها المشتري عبده فولدت ثم فارق العبد الزوجة فاستولدها المشتري، ثم ادعى البائع الولد الذي لم يبعه ثبت نسبه ويرد عليه ولد العبد بحصته من الثمن ويكون عبده في حياته ويعتق بموته من جميع المال ويترك الأمة في يد المشتري؛ لأن علوق الولد الذي عنده كان في ملكه بيقين فصحت دعوته فيه ولا تصح دعوته في الجارية؛ لأنها صارت أم ولد للمشتري بالاستيلاد ولا يجوز إبطال الاستيلاد من جهة المشتري.

وكذلك لا يبطل البيع في الولد الذي ولد من المشتري؛ لأنه علق حر الأصل وثبت نسبه من المشتري، وليس من ضرورة ثبوت نسب الولد الأول منه ثبوت نسب الولد الثاني منه، ويأخذ ولد العبد؛ لأن الجارية صارت أم ولد للبائع في زعمه وقد نفذ زعمه في ملك غيره بدليل ظاهر على صدق مقالته، وهو كون علوق الولد في ملكه إلا أن زعمه ودعوته لم يصحا في الجارية لمانع وهو الاستيلاد من جهة المشتري، ولا مانع في الولد فيثبت حكم زعمه فيه فصار ولد العبد ولد أم ولد البائع فيعتق لموته.

ولو ادعى البائع نسب ولد العبد لا يثبت ويعتق عليه؛ لأنه ادعى نسب عبد هو معروف النسب من غيره؛ لأن نسبه ثابت من العبد فيعتق عليه ولا يثبت نسبه منه.

(فصل)

ولو قتل الولد عنده وأخذ قيمته لا تصح دعوته؛ لأن بعد القتل والموت لم يبق محلًا لثبات النسب، فإنه استغنى عن النسب بعد الموت فلا تصح دعواه أصلًا ولا تصح دعواه في حق الأم.

وإن كانت الأم قابلة لحكم الدعوى؛ لأن الولد أصل في دعوى النسب والأم تبع له، فإذا لم تصح الدعوى في حق الأصل لا تصح في حق التبع، فإن قطعت يده وأخذ أرشه صحت الدعوى ويرد البائع الثمن إلى حصة اليد؛ لأنه بعد القطع بقي محلًا لثبات النسب؛ لأنه يحتاج إليه فصحت دعوته فيظهر أن الولد علق حر الأصل لكن لا تظهر الحرية في حق اليد؛ لأن المستند أن تظهر في حق القائم دون المبان والمتلاشي، إذ المستند أن تثبت بطريق الضرورة ولا ضرورة في إسناد العتق في الجزء المبان المنفصل ففي الطرف موقوفًا كما قطع؛ لأن اليد حين قطعت كانت موقوفة ظاهرًا، فإذا لم تظهر الحرية في حقها بقيت موقوفة كما كانت، ولو فقئت عيناه ودفعه المشتري وأخذ قيمته صحت الدعوى ويرد الثمن ويرجع الجاني على المشتري بالقيمة، ولا أرش على الجاني عند أبي حنيفة وعندهما يضمن قدر النقصان؛ لأنه بقي محلًا لثبات النسب فيثبت نسبه منه ويظهر أنه علق حر الأصل، فإن الدفع والبيع لم يصحا فيرد البائع جميع الثمن على المشتري ويرد المشتري جميع القيمة على الجاني عند أبي حنيفة وعندهما يمسك حصته، وهذا بناء على أن ليس عبده لمولى المفقوء عينه أن يمسك الجثة ويرجع على الجاني بنقصان العمى فلم يسلم إلى الفاقئ هنا فلا يضمن قدر النقصان فيدفع جميع القيمة، وعندهما يضمن النقصان فكان للمشتري أن يحبس قدر النقصان من الفاقئ ويسلم للبائع حصته من الثمن كي لا يجمع البدل والمبدل على ملكه والجناية على الولد وأمه بعد الدعوى كالجناية على الحر وأم الولد وكذلك جنايتهما؛ لأنه لما صحت الدعوى ثبت منه النسب والحرية وأمومة الولد، ولو حتى قبل الدعوى فهي على البائع دون المشتري وهو مختار للأرش بالبيع إن كان عالمًا؛ لأنه صحت دعوى البائع بعد جنايتهما؛ لأن علوق الولد كان في ملكه والولد يحتاج إلى ثبات النسب

منه فيثبت النسب والاستيلاد منه فتكون عهدة الجناية عليه دون المشتري وحرية الولد ثبت بإقرار البائع وإقراره يصح في حقه ولا يصح في حق غيره فتثبت حرية الولد من الأصل في حق البائع حتى لا يكون له ولا عليه ولا تثبت الحرية من الأصل في حق المجني عليه حتى لا يبطل حقه عن البائع واعتبر إعتاقًا مبتدأ في حقه حتى إن كان عالمًا صار مختارًا للفداء بالبيع، وإن كان جاهلًا كان عليه الأقل من قيمته ومن الأرش.

(فصل)

ولدت عند المشتري ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر فادعيا الولدين معًا فهما ابنا البائع؛ لأن علوق الولد الأول كان في ملكه بيقين فكانت دعوته دعوى استيلاد ودعوى المشتري فيه دعوى تحرير فكانت دعوى الاستيلاد أولى من حين ثبت نسب الولد الأول من البائع صارت الجارية أم ولد له فظهر أن الولد الثاني ولد أم ولده وولد أم الولد ثابت النسب من المولى من غير دعوى فمع الدعوى أولى.

ولو بدأ المشتري وادعى الأخير جعلته ابنه وأمه أم ولده؛ لأن علوق هذا الولد كان في ملكه، ولو لم يكن في ملكه صحت دعوته لقيام الملك له فيه وقت الدعوى وهذا أولى.

وإن ادعى البائع بعده الولد الأول ثبت نسبه بحصته من الثمن؛ لأن علوقه كان في ملكه وليس فيه ما يمنع صحة دعواه، وإذا صحت دعوته فيه انفسخ البيع فيه وبقي البيع في الأم فإن لم يدعيا ولكن ادعى البائع الأخير وحده لا يصدق؛ لأن علوق ذلك الولد لم يكن في ملكه فالظاهر أنه ليس منه.

وكذلك لو مات الولد الأول ثم ادعاهما لا تصح دعوته؛ لأنه لا تصح دعوته في حق الميت لاستغنائه عن النسب، وإذا لم يصح في الأول لا يصح في الثاني لما بينا، والقول للمشتري أنها ولدت لأكثر من ستة أشهر والبينة للبائع؛ لأن الظاهر لم يشهد للبائع والبائع يدعي بطلان البيع والمشتري ينكر، بخلاف ما لو قال المشتري لم يكن العلوق عندك قال البائع كان العلوق عندي فالقول للبائع؛ لأنهما اختلفا في

جواز العقد وفساده إلا أن نسب الفساد يثبت بدليل ظاهر وهو كون علوق هذا الولد حادثًا من جهة البائع؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأنه ماء المتمكن من وطئها دون غيره فالظاهر أن العلوق منه لا من غيره فتحقق نسب الفساد بدليل ظاهر فيكون القول له.

وإن أقاما البينة فالبينة للمشتري عند أبي يوسف، وعند محمد البينة للبائع، وكذلك على هذا الاختلاف إذا باع من آخر جارية فولدت فقال المشتري: اشتريتها قبل الولادة والولد لي، وقال البائع: لا بل اشتريتها بعد الولادة والولد لي وأقاما البينة.

لمحمد: أن بينة البائع متينة لأنها بينت حرية الولد وحرية الأم بزوجة وبينة المشتري باقية، وكذلك في المسألة الثانية بينة البائع مثبتة للملك له في الولد والمشتري منكر لذلك فكانت البينة المثبتة أولى من النافية.

لأبي يوسف: أن بينة المشتري تثبت البيع في أبعد الوقتين وفي وقت لا ينازعه البائع، فإنه لا ينازعه في البيع في أبعد الوقتين وبينة البائع تثبت البيع في أقرب الوقتين لا في أبعدهما فخلت بينته في إثبات البيع في ذلك الوقت عن المعارض والمنازعة فكانت أولى بالقبول.

(باب دعوى التوأم)

(المبسوط): وإذا ولدت الأمة المبيعة ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فادعى البائع أحدهما صحت دعوته ويثبت نسبهما منه؛ لأن التوأمين كولد واحد لأنهما خلقا من ماء واحد، فإذا ثبت نسب أحدهما يثبت نسب الآخر لا محالة ويبطل ما جرى فيه من العقود من عتق وبيع.

وكذلك إن جاءت بأحدهما لأقل من ستة أشهر وبالآخر لأكثر؛ لأنه لما ثبت أن علوق الولد الأول كان في ملك البائع علم ضرورة أن علوق الثاني كان في ملكه أيضًا فثبت نسبهما منه.

ولو ادعاهما المشتري أولًا ثم البائع لم يصدق البائع وهما ابنا المشتري كما في

الولد الواحد، ولو جنى على أحدهما وأخذ المشتري الأرش ثم ادعاهما البائع صح والأرش والكسب للمشتري.

ولو قتل أحدهما وأخذ المشتري قيمته كانت قيمة المقتول لورثة المقتول ولا تتحول إلى الديّة، والفرق أن الأرش بدل الطرف وحرية الولد لم تظهر في حق الطرف؛ لأنها مبانة غير محتاجة إلى الحرية؛ لأن المبان والمنفصل عن الولد لا يقبل الحرية فبقيت اليد مبانة على ملك المشتري فكان بدله له، فأما القيمة بدل عن المعقود عليه الولد، ومن ضرورة إثبات نسبه من البائع إسناد الحرية فيه إلى وقت العلوق فيظهر أنه مات حرًا وترك مالًا فيكون لورثته إلا أنه وجبت القيمة دون الديّة؛ لأن البائع لا يصدق على غير المشتري وهو العاقلة؛ ولأنه قتل وهو موقوف من حيث الظاهر وحيث القيمة على القاتل ولا يثبت إسناد الحرية إلى وقت العتق في حق البدل وهو القيمة؛ لأنه واجب منفصل عن الولد وهو لا يقبل الحرية.

ولو أعتق المشتري أحدهما ثم قتل وترك ميراثًا وأخذ المشتري ديته وإرثه بالولاء ثم ادعاهما البائع يصح ويأخذ الديّة والميراث من المشتري ويبطل الولاء؛ لأنه لما ثبت نسب الولد الحي منه ثبت أيضًا نسب المقتول ضرورة؛ لأنهما توأمان علقا من ماء واحد ويظهر أنهما علقا حُرَّي الأصل وأن البيع كان باطلًا فيهما وإعتاق المشتري كان باطلًا والديّة والميراث كان ملكًا للبائع.

ولو ولدت المرأة توأمين ولم يكن أصل الحبل عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعاهما البائع فهما ابناه ولا ينقض البيع والعتق؛ لأنه ادعى ولدين مجهولين النسب وليس لأحدهما عليهما ولا سواه فتصح دعواه ويثبت نسبهما منه لكن هذه الدعوى تقتصر على حال وجودها ولا يستند إلى وقت العلوق؛ لأن العلوق لم يكن في ملكه فلا يظهر أنه باع حرًا فلا يبطل البيع والعتق.

أمة وولدها في يد رجل وفي يد آخر ولدها الآخر فأقام كل واحد البينة أن الأمة والولدين له ولدا من هذه الأمة توأمين أو في بطنين مختلفين يقضى بالأمة والولدين لذي اليد؛ لأنه دعوى أمومية الولد والنسب دعوى العتق، وفي دعوى العتق بينة ذي اليد أولى من بينة الخارج؛ ولأن دعوى أمومية الولد والنسب بمعنى النتاج؛ لأن

أمومية الولد سبب لثبوت الولاء والولاء ثبت له ابتداء لا من جهة أحد بسبب لا يتكرر وهو الاستيلاد وكذا السبب بمعنى النتاج؛ لأنه ثبت ابتداء من جهة أحد بسبب لا يتكرر وهو الاستيلاد وفي دعوى النتاج بينة ذي اليد أولى، وإذا وجب القضاء بملك الأمة وجب القضاء بملك الولد ضرورة لأنهما تصادقا أنهما ولدي أم ولد.

وإن أقام كل واحد منهما البينة على أن الملك له في الأمة، وأن الولد الذي في يده ولده منها ولا يعلم أيهما أكبر وليسا بتوأم يقضى لكل واحد بما في يده؛ لأن الذي في يده يدعيه ولم ينازعه أحد فيه وحال عدم المنازعة يقضى لمجرد الدعوى.

رجل في يده أمة له منها ولد فأقام البينة أن هذه الأمة لزيد زوجها منه ثم ولدت منه هذا الابن، وأقام زيد البينة أن الأمة التي في يديه ملكه زوجها منه وولدت له هذا الابن يقضى لكل واحد بالابن الذي في يده، وتوقف الأمة في يد ذي اليد لا يطأها أحدهما فأيهما مات عتقت بموته؛ لأن في زعم كل واحد منهما أنها أم ولد لصاحبه؛ لأنها ملكه وقد ولدت منه وصاحبه منكر وقد تصادقا على كونها أم ولد ولكن المستولد أحدهما وأنه مجهول فتكون أم ولد موقوفة وعتقت بموت أحدهما لزعم الحي أنها أم ولد صاحبه وقد عتقت بموته. أقام مولى الأمة بينة على ولد أنه ولد له من أمته على فراشه وادعى آخر أنه تزوجها بغير إذن مولاها فولدت على فراشه هذا الولد الذي في يد المولى يقضى بالولد للزوج ويعتق الولد بإقرار المولى للحال وتعتق أمه إذا مات المولى؛ لأن بينة الزوج أكبر إثباتًا؛ لأن النسب الثابت بفراش النكاح أكثر وأثبت من النسب الثابت بفراش الملك كما بينا فكانت بينته أولى بالقبول.

حرة أتت بابنين توأمين فاكتسبا مالًا ثم مات أحدهما عن ابن فادعى رجل أنه تزوج المرأة وأنهما ابناه وصدقته المرأة لا يصدق على غيرها لكن يدخل معها في نصيبها لأنها أقرت بشركته إياها في نصيبها؛ وأيضًا غيرها فيصدق على نفسها لا على غيرها، فإن أقر الابن الباقي بذلك ثبت نسبهما منه ولا يرث مع ابن الميت شيئًا إلا إذا أقر وهو بالغ ثبت نسبهما منه ويرث؛ لأنه هو المستحق للميراث وهو ينكر

النسب والمرأة والابن لا يصدقان عليه إلا بتصديقه، فإذا ثبت نسب الحي منه ثبت نسب ابن الميت ضرورة لأنهما توأم لا يتصور اختلافهما في بيان النسب إلا أن نسب ابن الميت بإقرار الحي ودعوة الأب لا بالبينة فلا يصدقان على غيرهما.

(باب دعوى الأب ولد جارية ابنه)

(المبسوط): الأب استولد جارية [ولده][1] فتملكها بالقيمة ولا يغرم العقر.

وقال أبو يوسف آخرًا: لا يتملكها ويغرم العقر.

وقال زفر والشافعي: يتملكها ويغرم العقر.

لهما: أن الوطء صادف ملك الغير فلا ينفك عن العقوبة أو الغرامة، فإذا لم تتعلق به العقوبة لمكان الشبهة تتعلق به الغرامة كالوطء إذا عري عن الإحبال والإيلاد وكوطئ الجارية المشتركة بينه وبين الأجنبي. لنا: أن الوطء صادف ملك نفسه؛ لأنه يتملكها بالقيمة مقتضى الوطء سابقًا عليه؛ لأن الاستيلاد صحيح بالإجماع حتى يترتب عليه ثبات النسب وصحة الاستيلاد تفتقر إلى الملك؛ لأن النسب لا يثبت إلا بالفراش ولا فراش إلا بالملك وقد انعدم هنا ملك النكاح فيعتبر أن الثابت ملك اليمين فأثبتا له حقيقة الملك مقتضى الاستيلاد سابقًا عليه دون حق الملك صونًا للأب عن ارتكاب الحرام ولا صيانة في تقديم الحق فأثبتا له حق الملك بعوض تقليلًا للضرر عن الابن بخلاف الجارية المشتركة؛ لأن الملك في البعض للمستولد كافٍ لصحة الاستيلاد إلا أن حكم الاستيلاد وهو حق الحرية لا يتجزأ فيتعدى إلى نصيب شريكه ولن يتعدى إلى نصيب شريكه إلا بتملك نصيبه فملك نصيب شريكه حكمًا للاستيلاد عقيبًا لا سابقًا عليه فبقي الوطء في نصيب شريكه عاريًا عن الملك فيلزمه العقر وسواء كان الولد صغيرًا أو كبيرًا؛ لأن له ولاية تملك مال الابن عند مسيس الحاجة إليه وحاجته ماسة إلى صحة الاستيلاد هنا صيانة للأب عن ارتكاب المحظور فيملكها بالقيمة قبل الوطء دفعًا لحاجته كما في الكبير.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): ابنه.

ولو استحقها رجل فأخذها وعقرها وقيمة ولدها؛ لأنه صار مغرورًا له؛ لأنه وطئها في حساب أنه ملك الابن ثم ظهر أنه لم يكن ملكًا له والحكم في الغرور كذلك ويرجع الأب على الابن بقيمة الجارية دون العقر وقيمة الولد؛ لأنه ظهر أن الابن أخذ منه القيمة بغير حق؛ لأنه ظهر أنه لم يملك الجارية والابن ما ضمن له سلامة الأولاد؛ لأنه ملك الأولاد عليه جبرًا وقهرًا. وطئ جاريته ثم ادعى أبوه ولدها ثبت النسب إذا وجد شرطه وتصير الجارية أم ولد له؛ لأن استيلاد موطوءة الابن صحيح، وإن كان لا يحل له وطؤها إذا حصل الاستيلاد في الملك وهنا حصل الاستيلاد في الملك؛ لأن الجارية قابلة للتملك وحاجة الأب ماسة إلى تملكها شرطًا لصحة الاستيلاد سابقًا عليه فيملكها بالقيمة.

ولدت أمة رجل فادعى أبوه الولد ولم يكن أصل الحبل عند ابنه ولديه الابن لم تجز دعوته؛ لأنه لا يتصور تملك الجارية على الابن بالاستيلاد قبل الوطئ؛ لأن علوق هذا الولد كان في ملك البائع لا في ملك ابنه وليس له ولاية تملك مال البائع إلا أن يصدقه المولى فتصح دعواه ولا يملك الجارية كما إذا ادعاه أجنبي ويعتق على المولى؛ لأنه ملك أخاه على زعمه.

وكذلك لو ادعى ولد مدبرة ابنه أو ولد أم ولده المنفي من جهة الابن أو ولد مكاتبته الذي ولدته في الكتابة أو مثلها لا تصح دعواه إلا بتصديق الابن؛ لأن صحة دعواه تنبني على ملك الجارية وليس له ولاية التملك على مولاه لأنهن لا يقبلن التملك.

وإن كان أصل الحبل عند ابنه فادعياه جازت دعوة الابن؛ لأن دعوته سابقة معنى لأنها توجب بيان النسب سابقًا على دعوة الأب؛ لأن دعوة الأب لا توجب ثبات النسب إلا بواسطة التملك أولًا فحال ما يتملك الأب بملك يثبت نسب الابن فيكون ثبات نسب الابن سابقًا على دعواه.

ولو كان الأب عبدًا أو ذمّيًا وابنه حر أو مسلم لم تجز دعوة الأب؛ لأنه ليس بذي ولاية على الابن فلا يملك جارية ابنه ولا يصدق الجد أب الأب إذا كان الأب حيًا.

وإن كان الأب ميتًا صدق الجد؛ لأنه ليس له ولاية على الحافد عند قيام الأب وله ولاية حال عدمه، ولا يصدق أب الأم وغيره من ذي الرحم المحرم في جميع الأحوال لفقد ولايتهم. اشترى عبدًا واشترى أبوه أخاه وهما توأمان فادعى أحدهما من في يده ثبت نسبهما منه وعتق الذي في يد الآخر بالقرابة لأنه ثبت نسب الذي في يده بالدعوى لأنها صادفت ملكه فثبت نسب الآخر ضرورة أنهما توأمان ويعتقان بالقرابة؛ لأنه إن كان المدعي هو الابن فأحدهما ابنه بالدعوى والآخر أخوه وقد ملكه.

وإن كان المدعي هو الأب فمن في يده ابنه والآخر ابن ابنه وقد ملكه. ادعى الأب عبد ابنه أو المولى عبد مكاتبه لا يصح؛ لأن دعوى الأب إنما تصح إذا كان العلوق في ملك الابن حتى ملك الجارية على الولد قبل الوطئ فيعتبر مستولدًا ملك نفسه فيصح الاستيلاد، وهنا لم يكن العلوق في ملكه ولا يمكن تصحيح دعواه. ادعى أبو البائع ولد الجارية المبيعة وصدقه الابن لا يصح وكذا دعوة البائع بعده؛ لأنه لا يتصور التملك على الابن، وولاية التملك من وقت العلوق إلى وقت الدعوى شرط لصحة هذه الدعوى.

(**المنتقى**): رجل ادعى ولد أمة ابنه وقد ولدته في ملك الابن وماتت ثبت نسبه منه وعليه قيمة الأم؛ لأن علوق هذا الولد في ملك الابن، فجاز أن يتملك الأم عليه فظهر بالدعوى أنه كان يملكها بالقيمة وقت العلوق مقتضى الوطء سابقًا عليه.

ولو كان الابن باع الأم قبل ذلك قال أبو يوسف: أجعل له الولد بالقيمة، وقال محمد: لا أجعل الولد له لما يأتي.

(**الجامع**): أمة ولدت ولدين في بطن واحد فباع المولى أحدهما فادعى أبو البائع الولدين وكذبه البائع والمشتري صحت الدعوى وثبت نسب الولدين وعتق ما في يد الابن بغير قيمة، وما في يد المشتري عبد بحاله؛ لأنه وجد شرط صحة الدعوى وهو استمداد ولاية التملك فيتملكها بالقيمة شرطًا لصحة الاستيلاد مقتضاه سابقًا عليه وصارت أم ولد له وثبت نسب الولدين؛ لأنهما توأمان علقا من ماء واحد ويعتق ما في يده؛ لأنه علق في ملكه وثبت نسبه فتبين أنه علق حرًا ولا يعتق ما في يد المشتري.

ولو كان المدعي هو المولى ينتقض البيع فيما عند المشتري وعتق، والفرق أن دعوى البائع دعوى استيلاد في حقه وفي حق المشتري؛ لأن علوق الولدين كانا في ملكه ودعوى الاستيلاد تستند إلى وقت العلوق فتبين أنهما علقا حران، فأما دعوى الأب جعلت دعوى تحرير في حق المشتري؛ لأن دعوته لم تصادف ملكه؛ لأنه ليس له ولاية تملك مال الأجنبي فلا يمكن أن يجعل دعوته دعوى استيلاد في حق المشتري فجعلت دعوى تحرير وليس من ضرورة عتق أحد التوأمين عتق الآخر.

ولو باع الجارية مع أحد ولديها فادعى الأب الآخر، فالأمة والولد الذي في يد المشتري رقيقان والذي في يد الابن حر بالقيمة عند أبي يوسف.

وقال محمد: الدعوى باطلة، وكذا لو باع الأم وحدها وادعى الأب الولد.

لمحمد: أن من شرط صحة الدعوى أن يكون الأب مستولدًا ملك نفسه لا بملك ابنه، وإنما يكون مستولدًا ملك نفسه إذا أمكنه تملك الجارية وبعد البيع لا يمكنه تملك الجارية فلم تصح الدعوى لفقد شرطها فصار كما لو كانت مدبرة أو أم ولد للابن.

لأبي يوسف: أن حق الدعوى كان ثابتًا للأب قبل الدعوى لقيام الملك للابن، وإنما يبطل حكمًا لزوال ملكه فيبطل بقدر ما زال عن ملكه، كما إذا اشترى جارية حاملًا فولدت عنده ولدين في بطن واحد ثم باع الجارية مع أحد الولدين ثم ادعى الولد الذي لم يبع صحت دعوته فيه ولم تصح فيما باع فكذا هذا، ثم الولد الذي لم يبع حر بالقيمة؛ لأنه لم يتملك الجارية حتى يعلق الولد في ملكه وكانت دعوته دعوى تحرير.

(فصل)

ادعى الجد والأب نصراني أو معتوه أو مكاتب صحت دعوته، فإن أسلم الأب أو أعتق ثم ادعاه الجد لا تصح دعوته؛ لأن الجد يقوم مقام الأب في الدعوى؛ لأن التملك لحاجة الاستيلاد نوع ولاية على الحافد في ماله، فإنه يتملك ماله جبرًا وقهرًا والجد يقوم مقام الأب في التصرف في ماله عند عدمه وهو لا يعتبر عدمًا في حق ولاية التصرف في مال ولده لفقد أهليتهم وانسلاب ولايتهم فيقوم الجد مقامه

في ولاية التصرف والتملك شرط له، فإذا أسلم أو عتق عادت إليه ولايته وانقطعت ولاية الجد لفقد شرط صحة الدعوى وهو ولاية التملك وقت الدعوى.

وإن كان الأب معتوهًا ولم يدّع الجد فأفاق الأب فادعى فدعوته باطلة قياسًا كما لو كان نصرانيًا أو مكاتبًا حتى الولادة ثم أسلم أو أعتق فادعى وصحت استحسانًا بخلاف الرق والكفر؛ لأنه ليس للعبد والكافر وقت التملك ووقت الولادة ولاية ففقد شرط صحة الدعوى، وللمعتوه ولاية التملك وقت الولادة إلا أنه لم تصح دعوته لفقد عقله، فإذا عاد عقله وادعاه استندت دعوته إلى وقت الولادة وله ولاية التملك وقت الولادة فصحت.

(باب دعوى الولد من الزنا أو في النكاح الفاسد)

(المبسوط) مسائله على فصلين:

أحدهما: في الزنا.

والثاني: في النكاح الفاسد.

[(فصل)][(١)]

وإذا زنى بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسبه لقوله عليه السلام: "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**" فهذه الكلمة تستعمل للنفي وللتبعيد، أي: لا شيء له.

ويثبت نسبه من الأم؛ لأن الحكم في جانبها متعلق بحقيقة بالولادة وذلك لا يختلف بالحل والحرمة.

وإن ادعى عبدٌ صبيًا أنه ابنه من الزنا لم يثبت النسب إن صدقه المولى أو كذبه كما بيّنًا، ولو ملك عتق عليه؛ لأن العتق باعتبار البنوة والجزئية والبعضية فإنها ثابتة.

وإن ملك أمه لم تصر أم ولد له؛ لأن الاستيلاد يبتني على ثبات النسب فلا يثبت دونه.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الأول.

وإذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان ثبت النسب من الزوج؛ لأن سبب ثبات النسب قائم وهو الفراش والنسب ثبت حقًا للصبي صيانة له عن الضياع فلا يصدقان على إبطال حقه.

ولو أقر أنه ولده من هذه المرأة بالزنا وقالت المرأة بنكاح لا يثبت النسب، وإن ملكه وعليه العقر ولا حدَّ لأن النكاح لا يثبت إلا بحجة بينة عادلة، فإذا لم تقم الحجة لم يثبت النكاح.

وكذلك إن أقامت شاهدًا واحدًا؛ لأنه شطر الحجة وعليها العدة؛ لأن العدة من باب الديانات وفي الديانات تقبل قول الواحد فيثبت النكاح في حق العدة فتجب العدة.

وإن ادعى الرجل النكاح وادعت هي أنه من السفاح، فإن كان الولد في يد الرجل ثبت النسب منه لقيام يده عليه كما لو ادعى رقه صدق، وإن كان في يد المرأة لم يثبت نسبه؛ لأنها هي الخصم في الولد فلا يثبت ما ادعاه الرجل إلا بتصديقها كما لو ادعى رقه لكن إذا ملكه ثبت النسب؛ لأن المرأة لا تصدق عليه متى زالت يدها عنه.

وإن ملك أمة صارت أم ولد ولا حد وعليه العقر وعليها العدة؛ لأنه أقر بكونها أم ولد له، ولو قال أحدهما: هذا الولد من نكاح، وقال الآخر: من سفاح ثم أقر أنه من نكاح ثبت النسب لأنهما تصادقا على ثبات النسب وإنكاره السابق لا يمنع إقراره اللاحق، كما لو قال لا حق لك قِبَلي ثم قال لك عليَّ ألف يصح إقراره.

(فصل)

تزوج امرأة لا تحل له أو تحل له نكاحًا فاسدًا أو خلا بها فجاءت بولد لستة أشهر منذ تزوج أو منذ خلا ثبت النسب ويجب المهر؛ لأن في النكاح الفاسد لا يثبت الفراش إلا بالوطء ومتى اتصل به الوطء التحق بالصحيح في حق إفادة الأحكام، فإذا ولدته لستة أشهر منذ خلا بها دلت ولادة الولد على أنه دخل بها حالة الخلوة.

وإن كان ممنوعًا عن وطئها شرعًا، وإذا ثبت الدخول ثبت النسب ويجب المهر،

وإذا جاءت بالولد لستة أشهر منذ تزوج ثبت النسب وتأويله إذا خلا بها بعد النكاح بلا فصل، وإن لم يكن كذلك ينبغي أن لا يثبت النسب؛ لأن في النكاح الفاسد لا يثبت الفراش إلا بعد الوطء.

وقال أصحابنا: إن من تزوج امرأة لا تحل له وجاءت بالولد لا يثبت النسب شرعًا على قول أبي حنيفة ولعل لم يقفوا على هذه الرواية، وقد نص هنا أنه ثبت النسب ولم يحك فيه خلافًا ويجب أن يكون هذا قول أبي حنيفة وعلى قولهما لا يثبت النسب؛ لأن عندهما نكاح من لا يحل غير منعقد فكان وطؤها زنًا محضًا، ولهذا وجب الحد، وقال الزوج: ابني منك من نكاح صحيح وقالت المرأة من فاسد لا تصدق المرأة على الفساد لأنهما تصادقا على النكاح وعلى ثبات نسب الولد منهما، وإنما اختلفا في الجواز والفساد فيكون القول من يدعي الجواز.

وإن قال الزوج من فاسد يسأل ليخبر عن وجه الفساد ويفرق بينهما ويكون تفريقًا بالطلاق في حق المرأة حتى يلزمه المهر والنفقة؛ لأن هذا إقرار منه بتحريمها على نفسه والتحريم إليه بالطلاق فيجعل هذا تفريقًا بالطلاق.

وإن كان المدعي للفساد المرأة لا يفرق؛ لأنه ليس إليها التفريق بالتحريم بالطلاق. تزوج امرأة فولدت فادعى أحدهما أن النكاح منذ شهر، وقال الآخر: منذ سنة فالنسب ثابت منهما؛ لأن مدعي زيادة المدة يدعي صحة النكاح والآخر فساده فالقول قول من يدعي الصحة، وإذا كان مدعي الشهر الزوج لا يفرق بينهما ولا يقضى بفساد النكاح؛ لأنه لا يدعي البطلان بعد الدخول والفساد بعد الصحة حتى يقضى بالفساد بزعمه كما إذا قال لزوجته هذه بنتي ولها نسب معروف لا يفسد النكاح فكذا هذا، وإذا جعلنا القول قول من يدعي أبعد الأجلين يكون الولد ثابت النسب من الزوج.

وكذلك لو طلقها ثلاثًا فولدت بعد ذلك بيوم ثم اختلفا فهكذا، فإن اتفقا على شهر والولد صغير لا يثبت نسبه من الزوج؛ لأن النكاح حقهما، فإذا تصادقا على أنه كان فاسدًا كان القول قولهما في فساده والنسب ليس ثابت فلا يكون إبطالًا لحق الولد حتى لو أقر أن الولد منهما ثم تصادقا على أن النكاح كان منذ شهر لا يصدقان

عليه لما فيه إبطال حق الولد، فإن أقامت البينة أنه تزوجها منذ ستة أشهر ثبت النسب منه؛ لأنه ثبت بالشهادة أن التزويج كان منذ ستة أشهر فلا يصدق الزوج على أنه كان منذ شهر وهذه رواية على أن الشهادة على النسب تقبل من غير دعوى؛ لأن النسب يتضمن حرمات كلها حق الله تعالى وهي حرمة الفرْج وحرمة الأمومية والأبوة كما في عتق الأمة وقيل لا تقبل من غير دعوى فينصب القاضي خصمًا عن الصغير ليسمع البينة عليه؛ لأن النسب كما فيه إثبات الحرمة ففيه إثبات حقوق العباد وهي النفقة وغيرها حرمت عليه أم ولده بالكتابة أو وطئ الأب ثم ولدت لم يثبت نسبه منه إلا أن يقر به، وكذلك لو كانت أم ولد المسلم مجوسية أو مرتدة؛ لأن هذه العوارض تزيل الفراش بملك النكاح؛ لأنها توجب حرمة مؤبدة فأولى أن يزيل الفراش بملك اليمين والنسب لا يثبت بدون الفراش، فإن كان حرمها على نفسه أو حلف لا يقربها يلزمه ولدها ما لم ينفه؛ لأن الإيلاء والتحريم لا يزيلا الفراش بملك اليمين أصلًا، ولا يزيل فراش النكاح مؤقتًا أحد الزوجين. مرتد والآخر مسلم ثبت النسب منهما ويرثهما؛ لأن الفراش لا يزول بالحرمة، فإن بالردة ثبتت الحرمة مؤقتة وما زال الفراش فيثبت النسب والولد يكون مسلمًا تبعًا للمسلم؛ لأنه يتبع خير الأبوين دينًا والمسلم يرث من المسلم والمرتد جميعًا، ولو تزوج المرتد مرتدة أو كتابية لا يرث الولد من أحدهما؛ لأن الولد مرتد تبعًا لأبويه والمرتد لا يرث من أحد. سبيت المرتدة حاملًا ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من السبي ثبت نسبه من المسلم والولد رقيق قيل الصواب أن يقال: ثبت إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ لحقت بدار الحرب ولأقل من سنتين منذ ارتدت؛ لأن العدة قد سقطت باللحوق فصار كما لو سقطت بإقرارها بانقضاء العدة فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت السقوط والولد رقيق؛ لأنه يتبع الأم في الرق والحرية وفي النسب يتبع الأب وفي الدين خير الأبوين دينًا وفي حرمة الأكل يعتبر نفسه حتى إن الذئب إذا نزى على الشاة إن ولدت ذئبًا لا يؤكل وإن ولدت شاة تؤكل.

ولد المجوسي من محاربة ثبت نسبه؛ لأنه ولد النكاح عندهم. نعي إلى المرأة زوجها فتزوجت أو سبيت فتزوجت فولدت ولدًا ثم جاء الأول أو ادعت المرأة طلاقًا فاعتدت وتزوجت وجحد زوجها الأول فولدت:

قال أبو حنيفة رحمه الله: الولد للزوج الأول.

ورُوي عن أبي حنيفة: للثاني.

وقال محمد: إن جاءت به لأقل من سنتين بعد الدخول على الثاني فللأول ولأكثر فللآخر.

وقال أبو يوسف: إن جاءت به لأقل من ستة أشهر فللأول ولستة فصاعدًا فللثاني.

لمحمد: أنها متى ولدت لأقل من سنتين يحتمل أنه من الأول ويحتمل أنه من الثاني إلا أن نكاح الأول صحيح ونكاح الثاني فاسد واعتبار النكاح الصحيح وإلحاق النسب به أولى من اعتبار النكاح الفاسد وإلحاق النسب به.

وإن ولدت لأكثر من سنتين فقد علمنا أنه ليس من الأول فيجب إلحاقه بالثاني، وإن كان نكاحه فاسدًا ضرورة وهذا كامرأة الصبي إذا زوجت نفسها من آخر وجاءت بولد كان للثاني، وإن كان نكاحه فاسدًا فكذا هذا.

لأبي يوسف: أن الفراش الحقيقي للثاني وهو القادر على وطئها والمرأة تصير فراشًا لاستفراشه إياها، والثاني هو القادر على استفراشها دون الأول والنكاح الفاسد سبب للفراش كالنكاح الجائز فثبت الفراش للثاني فلا يبقى من الفراش الأول ضرورة فيجب ثبوت النسب من الثاني دون الأول.

لأبي حنيفة: أن النكاح الأول صحيح وهو مثبت للفراش الأول فكانت المرأة فراشًا له ولم يبطل فراشه بالنكاح الفاسد؛ لأن النكاح الفاسد لا يبطل حكم النكاح الصحيح ولا يرفعه، ولهذا لا يفيد الحل، فإذا بقيت المرأة فراشًا للأول لا يصير فراشًا للثاني ضرورة والنسب يجب إلحاقه لصاحب الفراش؛ لأن الوطء بالنص المشهور على ما روينا من حديث علي رضي الله عنه أنه قضى بالمرأة للأول وبالأولاد للثاني حداثة حال لا عموم لها فيحتمل أن نكاح الأول لم يثبت بالبينة

لكن ثبت بتصادق الزوج الأول والمرأة على أنها منكوحته فكانت المرأة للأول بتصادقهما على النكاح ولا يصدقان على الأول في قطع نسب الأولاد عن الثاني؛ لأن نسبهم ثبت من الثاني ظاهرًا.

(باب دعوى العبد التاجر والمكاتب)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: في دعوى العبد والمكاتب.

والثاني: في دعوى المولى.

(فصل)

عبد تاجر ادعى ولدًا منه أو ولدًا بنكاح فاسد أو صحيح وعليه دين أو لا يثبت نسبه وإن لم يصدقه المولى.

وكذلك المكاتب إذا ادعى ولد جاريته؛ لأنه أخص وأحق بمكاسبه ومرافقه من المولى يدًا وتصرفًا إزالة وإثباتًا وصارت مكاسبه كأنها ملكه على الحقيقة؛ لأن معنى الملك عائد إليه وهو المنافع والمرافق فصح استيلاده لمصادقته ملكه من وجه، وأحكام النكاح واقعة للعبد وفوائده آيلة إليه، ولم يجز بيع الولد؛ لأنه مكاتب عليه ولا يبيع الجارية؛ لأن له منها حق ملك ينقلب ذلك الحق حقيقة عند الأداء فمنع من بيعها.

ولو ادعى ولد أمة مولاه وقال أحلها لي إن صدقه المولى ثبت نسبه منه وإلا فلا؛ لأن الإحلال نكاح فاسد؛ لأن الإحلال متعة والنكاح الفاسد كالصحيح في حق ثبات النسب من قبل يشترط تصديق المولى إياه في الإحلال وكون الولد منه؛ لأن الإحلال متعة فيثبت بالتصديق في المتعة وفي المتعة إذا جاءت المرأة بولد وادعى الواطئ ثبت النسب، واختلفوا في أن النسب هل يثبت في المتعة من غير دعوى قيل: يثبت كما في سائر الأنكحة الفاسدة، وقيل: لا يثبت إلا بالدعوى وهو الصحيح؛ لأن المتعة غير موضوعة للنسب بل للوطء والتمتع. فعلى هذا القول يشترط لثبات النسب تصديق

المولى في النسب والإحلال قطعًا؛ لأن المتعة لما لم يكن موجبها ثبات النسب فقد جعل الولد على ملك المولى وهذا يدعي على نسب ولد مملوك للمولى فيشترط فيه تصديق المولى. عبد ادعى لقيطًا أنه ولده من زوجته هذه وهي أمة وصدقته الأمة وقال المولى: هو عبدي فهو عبده وابنهما في قول أبي يوسف.

وقال محمد: هو ابنهما وهو حر.

لمحمد: أن اللقيط كان محكومًا بحريته ظاهرًا؛ لأن الظاهر من حال من كان في دار الإسلام أن يكون حرًا، ولهذا حياته حياة الأحرار ولما حكم بحريته لا يجوز أن يقضي برقه إلا بحجة وتصادقهم يضمن إبطال الحرية عليه ولا يكون حجة على غيرهم ولأن الإقرار بثبات النسب إقرار للقيط بما فيه يقع له فيصح، والإقرار بالرق إقرار عليه فلا يصح وليس من ضرورة ثبات النسب من أبوين رقيقين أن يكون الولد رقيقًا كالعبد إذا تزوج امرأة على أنها حرة ثم استحقت بكون الولد حرًا بالقيمة، وإن حدث بين رقيقين فكذا هذا.

لأبي يوسف: أن حرية اللقيط ثابتة بظاهر الحال لا بدليل يوجب الحرية فيجوز القضاء برقه إذا قام دليل الرق وهنا قام دليل الرق وهو رق الأبوين؛ لأن رقهما سبب لرق الولد وقد ثبت النكاح بينهما بتصادقهما فصار كالثابت بأنسابهما وتعاقدهما، فإذا ادعيا النسب صحت دعواهما وثبت النسب وهما رقيقان والولد المتولد من الرقيقين لا يكون إلا رقيقًا؛ لأن ثبات النسب من الرقيقين لا ينفك عن رق الولد فيصدقان في حق الرق تبعًا لثبات النسب، وإن تضمن إبطال حق اللقيط في الحرية كمجهولة النسب إذا أقرت أنها بنت أب زوجها وصدقها الأب فسد النكاح لما كان من ضروراته فكذا هذا، وقول محمد أظهر؛ لأن صيرورة الولد رقيقًا باعتبار النكاح فيما مضى والنكاح في الماضي ما ثبت بتصادقهم، وإنما ثبت في الحال واللقيط محكوم بحريته في الحال.

(المنتقى): قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: شيخ مملوك ادعى غلامًا محتلمًا حرًا أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه؛ لأنه لا ضرر للمولى في ثبات النسب منه؛ لأنه لا يلزمه النفقة.

ولو ادعى مملوكًا أنه ابنه وصدقه المملوك لم تصح دعوته ولم يثبت نسبه إلا أن يصدقه مولى المملوك؛ لأنه لا عبرة بتصديق المملوك، كما لو أقر بمال لمملوك غيره، فإن أعتق بعد ذلك ثبت نسبه من المدعي لزوال المانع.

ولو لم يعتق فادعاه شخصان كل واحد أنه ابنه وصدق المملوك أحدهما وصدق المولى الآخر لا يثبت نسب واحد منهما؛ لأنه لا عبرة بتصديق كل واحد بانفراده ما لم يجتمعا.

ولو استولد المكاتب أمة ابنه وهو مكاتب على حدة أو حر لم يصدق على النسب إذا كذبه الابن إلا إذا ملكه؛ لأنه لا ولاية له على ابنه إذا لم يولد في كتابته ولا حق له في مكاسبه والولاية شرط لصحة الدعوى والاستيلاد، وإذا ملكه ثبت نسبه؛ لأنه زال ما يمنع صحة الدعوى وهو ملك غيره.

وإن كان الابن مولودًا في كتابت الأب أو اشتراه جازت دعوته من غير ضمان؛ لأن إكساب ولده المولود في كتابته والمملوك بشرائه بمنزله كسبه لأنها مستفادة بكسبه وتصرفه، ولهذا تنفذ تصرفاته فيها وكانت الدعوى مصادفة ملكه من وجه فصحت. حر كاتب ولد أمته ثم ادعاه أبوه لا يصدق كما لو كاتبهما أو أجرهما؛ لأن صحة دعوى الأب تبنى على ولاية التملك وليس له ولاية تملك من كاتبه ابنه.

(فصل)

مسائله لا تخلو إما أن ادعى المولى ولد مكاتبته، أو ولد أمة مكاتبته، أو أمة مكاتبة مكاتبته، فإن ادعى ولد مكاتبته والولد مجهول النسب ولا زوج للمكاتبة صحت دعوته؛ لأنه ادعى ولد جاريته، لأنها مملوكة للمولى رقبة فكان علوق هذا الولد متصلًا بملكه فصحت دعوته، وإن تضمنت إبطال حق المكاتبة في الولد وفي حق الاستكساب، فإنه كان لها أن يستكسب الولد قبل عتق الولد ولا يملك ذلك بعد العتق كالبائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة فكان العلوق في ملكه صحة دعوته.

وإن تضمنت إبطال ملك المشتري فكذا هذا، ولأنه ليس في تصحيح دعوته إلا إثبات حق العتق للأم، وحقيقة العتق للولد فالمولى يملك إثبات حقيقة العتق فيهما

بالإعتاق فأولى أن يملك إثبات حق العتق في أحدهما وحقيقة العتق في الآخر، وإن كان لها زوج وصدقه الزوج يعتق الولد ولا يثبت النسب؛ لأنه ثابت النسب من الزوج بفراش النكاح فلا يثبت من المولى.

وإن ادعى ولد أمة مكاتبته لا يصح إلا بتصديق المكاتبة؛ لأنه لا ملك له في أمة مكاتبته لا رقبة ولا تصرفًا، ولهذا لا يملك إعتاقها وتزويجها فكان بمنزلة الأجنبي عنها.

وإن صدقته المكاتبة عتق الولد بالقيمة استحسانًا، وإذا ادعى ولد أمة مكاتبة مكاتبته لم يصدق إلا بتصديق المكاتبة الثانية، وإذا صدقته الثانية ثبت نسبه ولأن يكون حرًا بالقيمة بخلاف ولد أمة مكاتبته، فإنه يعتق بالقيمة، والفرق أن في ولد أمة مكاتبته قد يقع الاشتباه أنها ملكه؛ لأن للمولى حقيقة ملك رقبة المكاتبة فاشتبه أن يكون كسبا منها مملوكة للمولى أيضًا بواسطة فصار مغرورًا وولد المغرور يكون حرًا بالقيمة وفي ولد أمة مكاتبة مكاتبته لا يقع الاشتباه أنها ملكه؛ لأنه لا ملك للمولى في مكاتبة مكاتبه فلا يصير مغرورًا هنا فلا يصير الولد حرًا بالقيمة، فإذا ادعى المولى أن عبده الكبير ولده ثبت نسبه منه وإن أنكره العبد؛ لأن دعوته صادقت ملكه وهذا إذا كان مثله يولد لمثله.

ولو زوج أمته من عبده فجاءت بولد فادعياه ينظر إن جاءت به لأقل من ستة أشهر فالولد للمولى وأمه أم ولد له، وإن جاءت لستة أشهر فصاعدًا فالولد للعبد وصح النكاح ويعتق العبد والولد والعبد لا يملك الولد؛ لأن الولد حصل على فراش العبد لأنّا لم نتيقن بعلوقه في ملك المولى، فصح النكاح وعتق الولد لإقرار المولى أنه ابنه حر الأصل، والإقرار بالبنوة إن لم يوجب ثبات النسب يجعل إقرارًا بالحرية من حين ملك فجاز لما عرف في العتاق.

(باب دعوى ولد الجارية المشتركة)

(المبسوط): الولد انفصل ميتًا فادعاه أحدهما وهو ابنه وأمه أم ولد له، وكذلك لو ادعى أنها أسقطت سقطًا استبان بعض خلقه وكذبه الآخر؛ لأن الولد الميت

والسقط ثابت النسب من الواطئ "**أن السقط ليظل محبنطئا على باب الجنة ويقول: لا أدخل الجنة حتى يدخل معي أبواي**" والسقط المستبين خلقه ولد حتى تنقضي به العدة وتصير المرأة به نفساء ولأنه إن تعذر إثبات النسب للميت لاستغنائه عن النسب وأمومية الولد إنما ثبتت تبعًا لثبات النسب ولكن أمكن أن يجعل قوله هذا ولدي مجاز أو استعارة عن قوله: هذه أم ولدي، لا صيرورة الأمة أم ولد له، حكم ثبات نسب الولد ويجوز أن يجعل النسب مجازًا عن حكمه، فإن تعذر العمل بحقيقته تجعل كناية عن حكمه تصحيحًا لكلامه ونطقه فصار كأنه قال هذه أم ولدي فتصح لكون الجارية في ملكه.

رجلان اشتريا أمة مع ولدها فادعى أحدهما الولد فلا يخلو إما أن كانت الدعوى قبل الملك أو بعده، وكل وجه لا يخلو إما أن كان شريكه ذا رحم محرم من العبد أو أجنبي عنه، ولا يخلو إما أن يصدقه شريكه أو يكذبه، فإن كانت الدعوى قبل الملك ثم ملكاه وهو بمنزلة الولد المعروف النسب منه على ما مر في العتاق، فإن كانت الدعوى بعد الملك وشريكه أجنبي وصدقه لم يضمن المدعي قيمة الولد لشريكه عند أبي حنيفة، وإن كان موسرًا؛ لأنه إذا صدقه فقد ظهر أن هذا العبد ابنه معروف النسب منه وقد ملكا جميعًا ابن أحدهما، ومتى ملك اثنان ابن أحدهما فلا ضمان على الأب عنده، وإن كذبه شريكه يضمن حصة شريكه من قيمتهما إن كان غنيًا، وإن كان فقيرًا حصته من الأم ويسعى الولد في حصته؛ لأن شريكه لا يساعده أنه ملك مع ابنه بل صار المدعي معتقًا له بالدعوى فصار كعبد مشترك أعتقه أحدهما.

وإن كان شريكه ذا رحم محرم من الولد وصدقه شريكه فلا ضمان ولا سعاية؛ لأنه عتق عليهما بالقرابة؛ لأن هذا ملك ابنه والآخر ملك ابن أخيه، وإن كذبه شريكه فعندهما يضمن له قيمة نصيبه إن كان موسرًا ويسعى العبد فيه إن كان معسرًا وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن تكذيب المكذب الآخر فيما ادعاه صدر عن المالك كما أن الدعوى صدرت من المالك؛ لأن العبد مشترك بينهما فصح التكذيب من المالك فلم تثبت القرابة في حق المكذب لئلا يتضمن إبطال حقه فصار كإعتاق مبتدأ في حق الشريك.

وفي رواية عن أبي حنيفة: يعتق منهما ولا ضمان ولا سعاية؛ لأن القرابة تثبت في حق المدعي والمكذب جميعًا لأنها لما تثبت في حق المدعي لقيام الملك له في الولد ثبت في حق الآخر ضرورة لأنها لا تتجزأ كما لو اشترى عبدًا أو اشترى أبوه عبدًا وهما توأمان فادعى الأب الذي في يده يعتق الذي في يد الابن، وإن كذبه أباه فكذا هذا وقد ذكر في باب قبل هذا. لو تزوج امرأة على جارية فولدت الجارية بعد القبض لأقل من ستة أشهر فماتت المرأة فورثها الزوج وغيره وقد ادعى الولد، ضمن نصيب شركائه من الورثة إن كان موسرًا ويسعى العبد في حصصهم إن كان معسرًا؛ لأن العتق مضافًا إلى القرابة الثابتة بالدعوى والدعوى حصلت بصنعه فصارت كإعتاق مبتدأ في حق الشركاء متى اتصل تكذيبهم بها، وإن كان شركاؤه ذو رحم من الولد لا يسعى ولكن يضمن أباه إن كان غنيًا عندهما، وإن كان فقيرًا كان دينًا عليه يسعى فيه العبد إذا كذبوا الأب في الدعوى، وعند أبي حنيفة إن كانت الدعوى بعدما وجب الميراث إن كان فقيرًا استسعوا الولد، وإن كان غنيًا ضمن في رواية ولا ضمان ولا سعاية في رواية على ما بيناه.

(فصل)

أمة بين رجلين ولدت ولدًا ادعياه معًا فهو ابنهما والجارية أم ولد لهما، وإن ولدت ولدين توأمين فادعى كل واحد أحد الولدين ثبت نسب الولدين منهما؛ لأنه لا يتصور أن يثبت نسب أحدهما دون الآخر لأنهما توأمان من ماء واحد ولا يختلف حكمهما في حق ثبات النسب فتكون دعوى أحدهما دعوى الآخر فصار كل واحد منهما مدعيًا لهما جميعًا.

وإن كانا في بطنين مختلفين ثبت نسب الأكبر من مدعيه وتصير الجارية أم ولد له ويضمن نصف القيمة والعقر لشريكه؛ لأن علوقه كان أسبق فتكون دعوته سابقة ولا تصح دعوة الأصغر قياسًا؛ لأن دعوى الاستيلاد تستند إلى وقت العلوق وعلوق الأكبر كان أسبق فتكون دعوته سابقة على دعوى مدعي الأصغر فصارت أم ولد لمدعي الأكبر ومدعي الأصغر. ادعى نسب ولد أم ولد الغير فلم يصح قياسًا ويصح استحسانًا؛ لأن دعوته حين صدرت منه كانت الجارية مشتركة بينهما في الظاهر وقد

اعتمد على هذا الظاهر ثم ظهر في الآخر أنها كانت ملكًا لشريكه ولم يكن عالمًا به فصار مغرورًا وصار ولده حر الأصل ثابت النسب منه كما في ولد المغرور ويضمن نصف قيمة الأم ويلزمه العقر؛ لأن وطء أم ولد الغير ويصير نصفه قصاصًا بماله على مدعي الأكبر ويؤدي نصفه وهذا تأويل بعض الروايات أنه يلزمه نصف العقر.

وقال زفر: إنها أم ولدهما؛ لأن دعوة الأصغر قد صحت لقيام ملكه في النصف وقت الدعوى ظاهرًا فيمنع ذلك اشتباه دعوى الأكبر إلى وقت العلوق كي لا تبطل دعوى الأصغر فقد استويا في الدعوى فتصير الجارية أم ولد لهما.

ولو قال أحد المولين إن كان في بطنها غلام فهو مني، وإن كانت جارية فليست مني، وقال الآخر على عكسه والقول منهما معًا فما ولدت لأقل من ستة أشهر فهو لهما، وإن قالا متعاقبًا فالسابق أولى؛ لأن كل واحد أخبر عن الإعلاق وحدوث الحبل منه والإخبار يصح بقدر ما له علم بالمخبر به وللإنسان علم بأصل الحبل لا بصفته أنه ذكر أو أنثى بل العالم والمستأثر بما في الأرحام هو الله تعالى فصح إخبارهما بأصل الحبل دون صفته فكأنهما ادعيا الحبل وقالا ما في بطنك من الحبل فهو مني إن قالا بذلك معًا هو وكذبهما وإلا فالسابق أولى.

وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من إقرار الثاني ولأكثر من إقرار الأول فهو للثاني؛ لأنا تيقنا بوجود الولد وقت دعوى الثاني فصادفته دعوته ولدًا موجودًا في البطن فصحت ولم يتيقن بوجود الحبل وقت دعوى الأول لاحتمال استحداثه بعد الدعوى فلم تصح الدعوى بالشك؛ لأن النسب لا يثبت بالشك.

ولو ادعى أحدهما الولد فأعتق الآخر معًا فالدعوى أولى لأنها تستند إلى حالة العلوق فتكون أسبق وبالقبول أحق. أمة بين شريكين جاءت بولد فادعياه وثبت النسب منهما، فولدت آخر لم يلزمهما إلا بالدعوى لأنهما لم يصر فراشًا لأحدهما، وإن صارت أم ولد لهما؛ لأنه لا يحل لكل واحد منهما وطؤها فلا يملك استفراشها فلا يثبت النسب إلا بالدعوى كما لو حرمت على المولى بالمصاهرة فجاءت بولد لا يثبت نسبه من المولى إلا بالدعوى لزوال فراشه فكذا هذا.

وإن ادعاه أحدهما يلزمه؛ لأن علوق الولد كان في ملكه ويضمن عندهما حصة

شريكه من الأم والولد، وعند أبي حنيفة لا يضمن شيئًا على أن مالية أم الولد وولدها غير متقومة عنده خلافًا لهما.

أمة بين ابن وأب وادعياه ثبت النسب من الأب استحسانًا وعليه نصف قيمتها وعلى كل واحد نصف العقر فيتقاصّان؛ لأن للأب ولاية استيلاد الكل في نصيبه لقيام ملكه فيه حقيقة وفي نصيب ابنه لقيام ولاية التملك وليس للابن إلا ولاية استيلاد نصيبه لفقد الملك له في نصيب شريكه فكان دليل الأب أرجح وأقوى فيكون القضاء بالنسب منه أحق وأولى، وكذلك الجد مع إلحاقه عند عدم الأب.

جارية بين رجل وصغير ولدت فادعى الرجل وأب الصغير يثبت من صاحب الرقبة لأن دعوته سابقة معنى لأن دعوته ثبتت من غير واسطة التملك لأن الملك ثابت له وقت العلوق ودعوى الأب لا تثبت إلا بواسطة التملك لا على الولد أو لأنه يثبت النسب فكانت دعوى في زمان التملك فكانت سابقة. أمة بين رجلين ملك أحدهما نصيبه منذ شهر والآخر منذ ستة أشهر فجاءت بولد فادعياه فهو لأقدمهما ملكًا؛ لأن دعوته أسبق؛ لأن دعوته دعوى استيلاد بأن العلوق كان في ملكه فتستند دعوته إلى وقت العلوق ودعوى الآخر تحرير فيقتصر على الحال فيكون دعوى من هو أقدم في الملك أولى ويضمن نصف قيمتها ونصف العقر.

ولم يذكر محمد لمن يضمن وينبغي أن يضمن للبائع لا لصاحبه؛ لأنه ظهر أنه وطئ جارية مشتركة بينه وبين البائع؛ لأن وطأه قبل ملك الآخر فكان مصادقًا ملك البائع فيملك عليه نصف الجارية من وقت العلوق فظهر أن البيع كان باطلًا وأنه باع أم ولد غيره فعلى البائع أن يرد جميع الثمن إلى صاحب الملك الآخر وهل يضمن صاحب الملك الآخر شيئًا قال مشايخنا ينبغي أن يضمن جميع العقر لصاحبه؛ لأنه ظهر أنه أقر بوطء أم ولد لصاحبه فيكون هذا قولًا منهم أن دعوى التحرير تنتظم الإقرار بالوطء؛ لأن دعوى التحرير تقتصر على الحال ولم تقتصر على ما قبله ولا ينتظم الإقرار بالوطء في ملك الغير، وإنما يثبت النسب في دعوى التحرير باعتبار الملك بالإعتاق من غير وطء فعلى هذا يجب أن لا يجب عليه العقر لصاحبه، فإن لم يعلم أيهما أول وهو بينهما فلا عقر على واحد لأنهما استويا في الدعوى؛ لأن

دعوى كل واحد منهما احتملت أن تكون دعوى استيلاد ودعوى تحرير، ومتى استويا في الدعوى استويا في ثبات النسب ولا عقر على واحد منهما أي لصاحبه؛ لأنه تعذّر القضاء بالعقر على واحد منهما لصاحبه بجهالة المقضي عليه والمقضي له قالوا أو يجب أن يضمنا نصف العقر للبائع الأول؛ لأن الوطء صادف نصف ملك البائع وأمكن القضاء بنصف العقر عليهما للبائع؛ لأن المقضي له معلوم. أمة بين رجلين ولدت في بطنين فادعى أحدهما الأكبر والآخر الأصغر معًا تصح دعوى الأكبر؛ لأن دعوى الأكبر تستند إلى وقت العلوق فتصير الجارية أم ولد من ذلك الوقت فيظهر أن الأصغر ولد أم ولد له ولا تصح دعوى مدعي الأصغر، وإن ادعى أحدهما الأصغر أولًا ثبت نسبه والضمان والعقر على ما عرف؛ لأنه ليس هنا ما يمنع صحة دعواه، فإن ادعى الآخر الأكبر بعده ثبت نسبه ويضمن نصف قيمته ونصف عقرها ولا يضمن من قيمة الأم شيئًا؛ لأنه صار معتقًا نصيبه من الولد بدعوته فصار به حق الشريك كأنه أعتقه ابتداء فيضمن نصف قيمة الولد ونصف عقرها؛ لأنه ادعى أنه حين وطأها كانت مشتركة بينه وبين من يدعي الأصغر؛ لأن دعوى الأكبر تستند إلى وقت العلوق إلا أن له على مدعي الأصغر نصف العقر فيتقاضيان ولا يضمن من قيمة الأم؛ لأن الضمان مع العقر لا يجتمعان ولو مات وترك أمه حاملًا وابنين فادعى أحدهما أن الحمل من ابنه وقال الآخر هو مني فهو ابن المدعي لنفسه؛ لأن دعوى النسب لنفسه إقرار بحمل نسبه على نفسه فتصح ودعوى النسب من غيره إقرار بحمل النسب على غيره وذلك إقرار لا يصح ولأن مدعي الاستيلاد من جهة أبيه معتق حقيقة؛ لأنه يقول إنها أم ولد لأبيه عتقت بموته فيقر على نفسه بحرية هذه الجارية فكانت دعوته دعوى تحرير ودعوى الآخر دعوى استيلاد ودعوى الاستيلاد أولى من دعوى التحرير؛ لأنها أسبق لما بيناه ولو أن مدعي الحبل على أبيه أقر على نفسه أولًا عتق نصيبه من الأم والولد، ويجوز دعوى الآخر ويثبت نسبه منه ولا يضمن من قيمة الأب شيئًا ويضمن نصف العقر؛ لأن ملكه في نصف الجارية والولد قائم؛ لأن العتق يتجزأ عند أبي حنيفة فيبقى نصيب الآخر رقيقًا كما كان وأنه كاف لصحة الدعوى، ولا يضمن من قيمة الأم

شيئًا؛ لأن نصيب صاحبه من الجارية والولد عتق بإقراره أن الحبل من أبيه وإنهما عتقا بموته فلم يصر المدعي بالدعوى مفسدا شيئًا على صاحبه، ويضمن نصف العقر إن صدقه صاحبه؛ لأنه أقر أنه وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره وهذه المسألة نص على أن دعوى التحرير تنظم الإقرار بالوطء لدعوى الاستيلاد؛ لأنه قال وترك أمة حاملًا وهذا يوجب أن تدخل الأمة في ملك الاثنين وهي حامل فيكون دعوتهما دعوى تحرير مع هذا أوجب على المدعي العقر والعقر لا يوجب إلا بالوطء وعليه اعتمد مشايخنا.

(المنتقى): قال أبو يوسف: في ثلاثة نفر اشتروا أمة فولدت في أيديهم بنتًا لأكثر من ستة أشهر ثم ولدت بينهما ابنًا فادعى أحدهما الأم والثاني البنت والثالث الابن فدعوى مدعي البنت جائزة وثبت نسبها منه استحسانًا وعليه ثلث عقر الأم وثلث قيمتها لمدعي الابن وعليه عقر أمة كاملًا للأمة دون المولى؛ لأنه يقول هي حرة ولا يصدق أنها حرة ليأخذ عقر حرة، وليس على مدعي الابن نسبًا؛ لأن مدعي البنت يقول هو ابن بنتي ومدعي الأم يقول هؤلاء كلهم أحرار، ولا تصح دعوى مدعي الأم وهي أم ولد لمدعي البنت.

الجامع مسائله على فصلين:

أحدهما: في دعوى الأم والولد.

والثاني: في دعوى ولديهما دون الأم.

(فصل)

رجلان اشتريا جارية فولدت لستة أشهر وادعى أحدهما الولد والآخر الأم فالدعوى دعوى صاحب الولد والجارية أم ولده والولد حر ويضمن نصف العقر لشريكه ونصف قيمة الجارية؛ لأن دعوى الولد دعوى استيلاد؛ لأن علوق الولد حصل في ملكهما؛ لأن العلوق أمر حادث فحال بالعلوق إلى أقرب الأوقات وهو ما بعد ستة أشهر لا إلى ما قبلها، ودعوى مدعي الجارية دعوى تحرير فتصح السابقة وتبطل اللاحقة، وإنما يضمن نصف قيمة الجارية؛ لأنه يملك نصيب شريكه

بالاستيلاد، فإن قيل مدعي الجارية زعم أن الجارية حرة وزعم أن مدعي الولد لم يمتلك نصيبه فكيف يضمن مدعي الولد نصف قيمتها، قلنا: إقراره بحرية الجارية صدر منه بعدما زالت الجارية عن ملكه؛ لأن دعوى الاستيلاد سابقة على دعوى التحرير فيمتلك المستولد الجارية بالاستيلاد قبل إقراره بالحرية فلا يصح إقراره، وأما العقر؛ لأن الوطء صادف ولاقى ملك شريكه، وإنما يمتلك الجارية بعد الوطء والاستيلاد حكمًا له لا سابقًا عليه؛ لأن له حالة الوطء، والإحبال قد تكفي لثبات النسب فلا حاجة إلى أن يمتلك سابقًا على الوطء بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه؛ لأنه يملكها سابقًا على الوطء؛ لأنه ليس له حالة الوطء من الملك ما يكفي لثبات النسب.

ولو ولدت بعد الشراء لأقل من ستة أشهر والمسألة بحالها صحت دعوى كل واحد؛ لأن دعوى كل واحد منهما دعوى تحرير؛ لأن علوق الولد والجارية لم يكن في ملكهما فيقتصر على حال وجودها فلم تسبق إحداهما على الأخرى فصحتا، ومدعي الأم لا يضمن لشريكه ولا تسعى له الأمة عند أبي حنيفة، وعندهما يضمن نصف قيمتها إن كان موسرًا ويسعى فيه إن كان معسرًا وهذا بناء على أن عنده المملوك للمولى في أم الولد ملك الخدمة والمنفعة لا ملك الرقبة؛ لأن ماليتهما غير متقومة والمنفعة لا تضمن بالإتلاف عندنا، وعندهما المملوك ملك الرقبة؛ لأن ماليتهما متقومة لوطء أم الجارية ولا يضمن مدعي الأول للثاني قيمة الولد لاتفاقهما على حرية الولد ولا قيمة الجارية؛ لأن مدعي الجارية يكذبه في إقراره؛ لأنه يقول بأنها ابنتي علقت حرة الأصل وقد صح إقراره بحرية الجارية لأنها في ملكهما ولا عقر عليه؛ لأنه أقر بوطء الجارية قبل ملكهما الجارية؛ لأنه حصل مقرًا بوطء الجارية بسبب علوق الولد منه وعلوق الولد كان قبل أن يمتلك الجارية.

(فصل)

ولو ولدت الجارية بنتًا لستة أشهر ثم وقت الشراء أنجبت البنت ولدًا فادعى أحدهما الولد الأول والآخر الثاني معًا والجدة حية أو ميتة صحت دعوى كل واحد وصارت الجدة أم ولد الأول وعليه نصف قيمتها أو نصف عقرها فدعوى الثاني

صحيحة استحسانًا لا قياسًا؛ لأن دعوى مدعي الكبرى استندت إلى وقت العلوق وصارت الكبرى حرة من ذلك الوقت فظهر أن مدعي الصغرى ادعى ولد حرة ليس بينهما نكاح فلا يصح. وجه الاستحسان: أن الكبرى كانت في ملكهما وقت دعوى الصغرى من حيث الظاهر، فالملك الثابت ظاهرًا يكفي لثبات النسب وصيرورة الولد حر الأصل كمن اشترى جارية فاستولدها ثم استحقها رجل بالبينة ثبت النسب من المشتري.

وكذلك لو تزوج امرأة أنها حرة فاستولدها ثم استحقها رجل؛ لأن الملك ثابت من حيث الظاهر فيكفي إثبات النسب إلا أنه باعتبار الأشياء تظهر أنها زائلة عن ملكه ولكن المستند لا يظهر في حق إبطال النسب وحرية الولد؛ لأنه لا ضرورة فيه ولا يلزمه قيمة الولد؛ لأنه مدعي الكبرى ادعى أنها ابنته علقت في ملكه حرة الأصل ويضمن مدعي الصغرى للكبرى نصف عقرها وفي رواية جميع عقرها؛ لأن دعوى مدعي الكبرى استندت إلى وقت العلوق وعلوق الكبرى قبل علوق الصغرى فظهر أن مدعي الصغرى وطئ الكبرى وهي حرة فيكون مقرًّا لها بجميع العقر. وجه الرواية الأولى وهي الأصح: لأن الكبرى في ملكهما وقت الدعوى ظاهرًا، ولهذا صحت دعوته ودعوى الكبرى إنما تستند إلى وقت العلوق في حق ثبات النسب ولا يستند في حق المستوفي بالوطء لانعدام الضرورة؛ لأنه متلاشٍ مضمحل فصار مدعي الصغرى واطئًا الكبرى وهي في ملكهما فيلزمه نصف العقر إلا أن مدعي الكبرى يقر بالعقر للكبرى فيصير للكبرى ويضمن مدعي الكبرى نصف قيمة الجدة ونصف عقرها؛ لأن الجدة كانت في ملكهما وقت علوق الكبرى فصار مدعي الكبرى متملكًا نصيب شريكه من الجدة وواطئًا جارية مشتركة فلا يضمن شيئًا من قيمة الكبرى؛ لأنه لما تملك الجدة من وقت العلوق كان الولد كله حدث على ملكه هذا كله إذا كانت الجدة حية أو ميتة، فإن كانت الجدة قتلت قبل الدعوى وأخذا قيمتها فبينهما نصفان ثم ادعيا لم يضمنا من قيمة الجدة شيئًا؛ لأنه لما وصل إلى مدعي الصغرى قيمة نصيبه من الجدة من القاتل حرة لا يضمن مدعي الكبرى قيمة نصيبه مرة أخرى؛ لأنه لا يجوز أخذ قيمتها مرتين، ولأنه لو ضمن مدعي

الكبرى للآخر نصف قيمة الجدة بتملك نصف الجدة من وقت العلوق فيظهر أن القاتل قتل الجدة وهي كلها أم ولد له وكان له أن يسترد من مدعي الصغرى ما أخذه من القاتل ولا يقيد التضمين ويضمن مدعي الكبرى للآخر نصف عقر الجدة بالإقرار بالوطء ولا يضمن من قيمة البنت شيئًا عند أبي حنيفة، وعندهما نصف قيمة أم ولد إن كان موسرًا بخلاف ما لو كانت الجدة ميتة، والفرق لهما أن الجدة متى كانت حية أو ميتة فمدعي الكبرى ضمن قيمة أمها فلا يضمن شيئًا من قيمة ولدها؛ لأنه دخل الولد في ضمان الأم ومتى كانت مقتولة لا يضمن قيمة أمها حتى يدخل الولد في ضمان الأم ومدعي الصغرى لا ضمان عليه والولد الأكبر للذي ادعاه ولا تصير أم ولد الثاني.

ولو ولدت الجدة ولدًا لأقل من ستة أشهر والمسألة بحالها بطلت دعوى الكبرى وصحت دعوى الصغرى وأمها أم ولده ويضمن نصف قيمة الكبرى لشريكه ونصف عقرها وصارت أم ولد له، أما الدعوى فلأن دعوى مدعي الصغرى دعوى استيلاد؛ لأن علوق الصغرى كان في ملكهما ودعوى مدعي الكبرى دعوى تحرير؛ لأن علوق الكبرى لم يكن في ملكهما متى جاءت بها لأقل من ستة أشهر، ودعوة الاستيلاد مقدمة على دعوى تحرير. وأما الضمان فلما بينّا ومدعي الكبرى يضمن نصف قيمة الجدة لشريكه؛ لأنه أقر ضمان الاستيلاد لمدعي الصغرى وضمان الاستيلاد لا يختلف باليسار والعسار وصارت أم ولد له إن كانت حية ولا تصير إن كانت ميتة بخلاف ما لو ولدت الجدة لستة أشهر، والمسألة بحالها صارت أم ولد له حية كانت أو ميتة، والفرق أن حق أم الولد إنما يثبت تبعًا لحق الولد لقوله عليه السلام في مارية القبطية: "**أعتقها ولدها**"[1] ففي الأولى: الدعوى في الولد دعوى استيلاد فيستند حرية الولد إلى وقت العلوق فيستند حق العتق للأم أيضًا إلى تلك الحالة ووقت العلوق كانت محلًا لحقيقة العتق وكانت محلًا لثبوت حق العتق أيضًا، وفي الثانية: الدعوى في الولد دعوى تحرير، وفي دعوى التحرير يثبت العتق

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٦) قال: حدثنا أحمد بن يوسف، قال: حدثنا أبو عاصم، قال: حدثنا أبو بكر، يعني النهشلي، عن الحسين بن عبد الله، عن عكرمة، فذكره.

مقصورًا على الحال فيثبت حق العتق كذلك تحقيقًا للتبعية، فيتعين كونها محلًّا للثبوت في حق العتق وقت الدعوى والميتة لم يكن محلًّا له.

(الزيادات) مسائله على فصلين:

في إقرار أحد الشريكين في عبد أنه ابنه وابن شريكه.

والثاني: في إقرار أحدهما في عبدين أن أحدهما ابنه والآخر ابن شريكه.

(فصل)

أصله: أن من أقر بنسب صغير لا يعبر عن نفسه لنفسه ولغيره نفذ إقراره عليه لا على غيره؛ لأن الصغير إذا لم يعبر عن نفسه ولم يفتقر صحة الدعوى إلى تصديقه وهو بالإقرار يحمل النسب على نفسه وعلى غيره فصح في حقه لا في حق غيره؛ لأن له ولاية على نفسه دون غيره. غلام صغير في يد رجلين قال أحدهما لصاحبه هو ابننا أو ابني وابنك أو ابنك وابني، فقال صاحبه: صدقت فهو ابن المقر؛ لأن النسب يثبت من المقر أولًا قبل تصديق صاحبه؛ لأنه وجد نفاذًا عليه؛ لأن إقراره بالنسب على نفسه نافذٌ وعلى غيره لا، ومتى نفذ منه بطل في حق صاحبه ضرورة؛ لأن النسب بعد ثبوته من إنسان على الكمال لا يحتمل الاشتراك والانتقال؛ لأن سببه انخلاق الولد من مائه وانخلاق ولد واحد من ماءين لا يتصور، كما لا يتصور فرخ من بيضتين، فمتى ثبت النسب من أحدهما على الكمال انتفى الآخر ضرورة بخلاف ولد الجارية المشتركة إذا ادعياه معًا؛ لأنه لم يثبت نسبه من أحدهما بعد على الكمال ليمنع الثبوت من الآخر بل يثبت النسب منهما معًا في حق ثبوت الأحكام عليهما لا في حق الانخلاق من مائهما حتى إن ثمة لو ادعياه متعاقبًا يثبت النسب من السابق ولا يثبت من اللاحق.

ولو قال لصاحبه: هو ابنك وسكت، ثم قال: هو ابني معك، فإن قال صاحبه ابني كان ابنه دون المقر؛ لأنه لما أقر به وسكت يوقف إقراره على تصديق صاحبه وتعلق حق الغير به، وتعلق حق الغير به يمنع النفاذ في حقه بخلاف الأول؛ لأنه لم يتوقف إقراره على تصديق صاحبه؛ لأنه وصل بآخر كلامه ما يغير حكم أوله؛ لأن

حكم الكلام لا يتقرر إلا بالسكوت عليه، إذ لو ثبت حكمه قبل السكوت لما تصور وصل بعض الكلام بالبعض ولا يمكنه تحصيل مقصوده بالجملة، ولهذا يصح إلحاق الاستثناء والشرط بالكلام، أما هنا يوقف كلامه على تصديق صاحبه؛ لأنه سكت عليه فتعلق حق الغير به فمنع نفاذ الإقرار عليه، وإن كذبه لا يثبت نسبه من واحد في قياس قول أبي حنيفة وعندهما يثبت من المقر، لهما: أن تكذيب صاحبه قد انتفى النسب منه من كل وجه فبقي غلامًا مجهول النسب فتصح دعوته وبإقراره بالنسب من صاحبه نفاه عن نفسه ضمنًا للإقرار لغيره لا صريحًا، ولو صرح بالنفي تصح دعوى النسب بعده لولد الملاعن إذا أكذب الملاعن نفسه يصح ويثبت النسب منه وهنا أولى له: أن إقراره يتضمن شيئين **أحدهما**: ثبوت النسب من صاحبه **والثاني**: نفيه عن نفسه وثبوت النسب من صاحبه أن يوقف عليه فقد نفذ نفيه عليه في الحال وتكذيب صاحبه يبطل ما يوقف عليه ولا يبطل ما نفذ على المقر ومتى نفذ نفيه عليه لا يثبت النسب إلا بالاستئناف للدعوى، وإن قال ابنك دوني هو ابن المقر قيل هذا قولهما لا قول أبي حنيفة لما بيناه.

وإن قال صاحبه: هو ابني وابنك، وقال: ابنك وابني كان ابن المقر له؛ لأن التصديق متى وجد يستند إلى وقت الإقرار والإقرار بالنسب للشريك وجد سابقًا فيلحق التصديق به، وإن وجد لاحقًا فيصير مقرًا له بالنسب سابقًا فيثبت النسب منه أولًا فيبقى عن المقر ضرورة، وإن كان الغلام كبيرا يعتبر قوله؛ لأنه في يد نفسه، ولهذا لو ادعى الحرية فالقول قوله؛ لأن الدار دار الأحرار والحرية أصل في بني آدم وهو إذا حمل نسب الحر على نفسه افتقر ذلك إلى تصديقه هذا إذا لم يقر بالملك على نفسه، وإن أقر به فهو ابن المقر؛ لأنه لما ثبت رقه صار هو والذي لا يعبر عن نفسه سواء. جارية بينهما فقال أحدهما: أعتقت أنا وأنت أو قال أنت وأنا فصدقه كان الولاء لهما؛ لأن العتق يحتمل الاشتراك عند أبي حنيفة في حالتي الاجتماع والانفراد وعندهما في حالة الاجتماع فيعود العتق في نصيب المقر لا يمنع بوقف إقراره له في نصيب شريكه على تصديقه متى انتظما في إقرار واحد، ولو قال: هي أم ولدي ولك فصدقه كانت أم ولد لهما وإن كذبه فنصفها أم ولد المقر وضمن لشريكه نصف قيمتها وقد مرت في (**المبسوط**).

(فصل)

جارية بين رجلين ولدت لستة أشهر فصاعدًا ثم ولدت آخر بعد لستة أشهر فصاعدًا منذ ولدت الأول فقال أحدهما: الأصغر ابني والأكبر ابن شريكي موصولًا وصدقه شريكه فهي أم ولد له والأصغر ابنه؛ لأن إقراره قد نفذ على نفسه في حق الأصغر؛ لأنه صادف ملكه والولد علق حرًا؛ لأن علوقه كان في ملكه، وأما الأكبر فهو كعبد بين شريكين تصادقا أنه ابن أحدهما يثبت النسب منه، ولا تصير الجارية أم ولد له لأنها لما صارت أم ولد لشريكه خرجت من أن تكون محلًا للاستيلاد وليس من ضرورة ثبوت نسب الولد أمومته أم الولد كما في ولد المغرور وإقرار مدعي الأصغر يكون الأكبر ابنًا لشريكه لا يكون إقرارًا بكون الجارية أم ولد له؛ لأن إقراره في حق شريكه يتوقف على تصديقه وفي حق نفسه وجد نفاذًا عليه والموقوف لا يعارض النافذ فيثبت نسب الأصغر منه وتثبت أمومية الولد ضرورة ثبات النسب قبل نفاذ إقراره لشريكه.

وإن بدأ فقال: الأكبر ابن شريكي والأصغر ابني فصدقه شريكه كانت الجارية أم ولد المصدق؛ لأن تصديقه استند إلى ابن شريكه كان سابقًا فنفذ سابقًا فصارت الجارية أم ولد له سابقًا كما صدر منه الإقرار مقارنا فخرجت من أن تكون محلًا للاستيلاد في حق المقر.

وإن كذبه شريكه في الوجهين جميعًا تصير الجارية أم ولد لمدعي الأصغر وعليه نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه ويبقى الولد الأكبر لعبدين اثنين شهد أحدهما على صاحبه أنه أعتقه وأنكر صاحبه؛ لأنه لما كذبه فقد نفى الولد عن نفسه فلا يثبت نسب الأكبر منه فصار مدعي الأصغر شاهدًا على شريكه بالإعتاق وأنكر شريكه.

(باب دعوى المسلم والذمي ولدًا واحدًا)

(المبسوط): أمة بين مسلم وذمي فعلقت، ثم أسلم الذمي فادعياه ثبت نسبه منهما، لأنهما استويا وقت الدعوى في شرف الإسلام ومنقبة الحرية والمساواة إنما يعتبران

بوقت الدعوى لا وقت العلوق؛ لأن النسب يثبت بالدعوى ومن أيهما ثبت نسبه يحكم بإسلامه فيقضى بالنسب منهما. أمة بين مسلم ومرتد فادعياه يثبت من المسلم؛ لأن فيه إثبات شرف الإسلام ومنقبة الدين فاضلة فإن النسب إنما يثبت حقًّا للصبي صونًا وحفظًا له عن الضياع فمتى وقع التعارض في الدعوى يترجح ما فيه زيادة نفع ونظر وشرف للصبي. أمة بين ذمي ومرتد يثبت من المرتد وعزم كل واحد لصاحبه نصف العقر؛ لأن المرتد أقرب إلى الإسلام؛ لأن من اعتقد دينًا وتركه لهوىً يُضلُّه وشهوةٍ تُميله فالظاهر أنه يعود إلى دينه، فكان إثبات النسب منه أنفع وأصلح للولد، ومن باع نصف أمته من رجل فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر فادعياه وهو ابن الذمي ويبطل البيع؛ لأن دعوته سابقة معنى فيعتبر كما لو كانت سابقة حقيقة. أمة بين مسلم وذمي ومكاتب ومرتد وعبد فادعوا الولد فالحر المسلم أولى؛ لأن له شرف حرية ومنقبة إسلام ومزية مالكية وولاية فكان نسبه منه أنفع وأنظر للولد وكان إثباته منه أحق ثم الذمي؛ لأنه أنفع للولد؛ لأن للذمي شرف حرية ومالكية وتبعية في حق الكفر ولا يضره دينًا ودنيا ما دام صبيًّا، فإذا عقل أمكنه تحصيل شرف الإسلام، فأما ثبوت الملك والرق فيه مضرة؛ لأنه لا يمكنه التخلص عنه؛ لأن اكتساب الحرية ليس بيده.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وزفر: أن الذمي والمكاتب سواء؛ لأن لأحدهما شرف الحرية ولِلآخر شرف الإسلام ونوع حرية اليد وضرب مالكية أيضًا ثم المكاتب، لأن له حق الملك وحرية اليد وأنه أقرب إلى حقيقة الحرية فيكون الولد على شرف الحرية، ثم العبد المأذون نص عليه في كتاب المأذون الأصل؛ لأن له نوع ملك في اكتسابه وهو ملك التصرف بطريق الأصالة لا بحكم الإنابة لما عرف والملك من وجه يكفي لثبات النسب كما في المكاتب، والعبد والمدبر لا يثبت النسب من واحد منهما؛ لأنه ليس له ملك ولا شبهة ملك وعلى كل واحد العقر بحصة الشركاء كإقرارهم بوطء جارية مشتركة. صبي في يد ذمي أقام مسلم بينة مسلمة أو ذمية أنه ابنه ولد على فراشه وأقام الذمي بينة ذمية على مثل هذا يقضى للمسلم.

وإن كانت بينة الذمي مسلمة قضي له دون المسلم؛ لأن في الأول بينة المسلم حجة على الذمي وبينة الذمي ليست بحجة على المسلم؛ لأنها كافرة وفي الثاني شهادة كل واحد منهما حجة على صاحبه فاستويا في الحجة والدعوى وللذمي زيادة يد محترمة فترجحت بينته؛ لأن اليد تدل على صدق مقالته وبينة المسلم لا تترجح بإثبات الإسلام؛ لأن الإسلام لا يثبت للصبي حقيقة، وإنما يثبت في حقه أحكام الإسلام بطريق التبعية.

وإن كان الصبي في يد ثالث أو هو لقيط فالمسلم أولى لأنهما استويا في الحجة وبينة المسلم أوجبت إسلام الصبي والأخرى توجب كفره في حق الأحكام، وإن لم تكن موجبة حقيقة الإسلام إياه فيجب القضاء بكونه مسلمًا نظرًا للصبي.

(باب دعوى الجماعة ولداً واحداً وإقامة البينة منهم على النسب)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في دعوى الجماعة.

والثاني: في دعوى الخارج وذو اليد.

(فصل)

قال أبو حنيفة: خارجان أقام كل واحد البينة أنه ابنه ولد على فراشه من امرأته هذه، جعل ابن الرجلين والمرأتين وقالا: يجعل من الرجلين لا غير، فالحاصل أن عند أبي حنيفة النسب يثبت من أكثر من ثلاثة.

وقال محمد: لا يثبت من أكثر من ثلاثة.

وقال أبو يوسف: لا يثبت من أكثر من اثنين.

وقال الشافعي: لا يثبت إلا من واحد والقاضي يحكم بقول القافة فبأيهم ألحقته القافة يثبت منه وفي قول يقرع القاضي بينهم فيقضي بالولد لمن خرجت القرعة له.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قالا في رجلين تداعيا نسب ولد واحد لبَّسا فلبس عليهما ولو بينا لتبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك فحل محل الإجماع، وإجماع الصحابة حجة بالإجماع ومخالفة الإجماع باطلة والعمل بقول عمر وعلي أحق من العمل بقول القافة أو بالقرعة؛ ولأنه وجد سبب ثبات النسب في حقهما وهو الفراش؛ لأن إيصال الماء إلى الرحم وانخلاق الولد وانعلاقه منه أمر باطن متكتم فسقط اعتباره وتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو الفراش، ولهذا ثبت النسب فيما إذا علم أنه لم يطأها قطعًا حتى يترتب عليه أحكام النسب وهذا؛ لأن المقصود من النسب أحكامه وأحكامه قابلة للشركة، فإن الشخص الواحد يجوز أن يستحق النفقة على جماعة ويحرم النكاح على جماعة ويرث من جماعة فحكمنا بالنسب منهم في حق هذه الأحكام لا بانخلاق الولد من مائهم تصحيحًا لكلامهم وتنزيهًا للحجج عن الإبطال مع أنه يجوز أن ينخلق الولد الواحد من ماء الذكرين كما يجوز أن ينخلق من ماء الذكر والأنثى، ألا ترى أن الكلبة الواحدة تعلق من كلاب جمة فجاز أن تعلق امرأة واحدة من رجال جمة لجواز أنه لا يسد فم الرحم بوصول ماء أحدهما إلا بعد مدة ثم يصل الماء الآخر إليها، ولهذا الحامل تحيض عند الشافعي.

لأبي يوسف: أن القياس يأتي بإثبات النسب من اثنين؛ لأن سبب ثبات النسب هو الفراش ولا يتصور لكل واحد فراش على امرأة واحدة إلا أنا عرفنا ثبات النسب من اثنين إجماعًا معدولا عن القياس فيرد ما وراءهما إلى ما يقتضيه القياس.

لمحمد: أن ثبات النسب يعتمد الفراش وقد استووا في سبب الفراش وهو الوطء مع الدعوى في ملك اليمين أو الوطء مع النكاح الفاسد فيتصور اجتماع الفراشين أو أكثر على امرأة واحدة فيعتبر الفراش ثابتًا لكل واحد منهما إلا أنه لم يثبت النسب من أكثر من ثلاثة؛ لأن ذلك يؤدي إلى أن يثبت من أهل الدنيا كلهم واجتماع أهل الدنيا على امرأة واحدة لا يتصور ومن جماعة قليلة يتصور فجعلنا الثلاث قليلًا؛ لأنه أقل جمع متيقن.

لأبي حنيفة: أن سبب ثبوت الفراش متصور من جماعة كبيرة كما بيّنا فكان

ثبوت الفراش في حق جماعة كبيرة متصورًا، فإذا وجد السبب من كل واحد كملًا وجب أن يترتب عليه أحكامه في حق كل واحد شرعًا كما في النتاج، فإن الجماعة إذا ادعوا نتاج دابة واحدة وأقاموا البينة ثبت لكل واحد منهم في الدابة، وإن كان لا يتصور نتاج دابة واحدة من دوابّ كثيرة لكن لما وجد السبب في حق كل واحد منهم كملًا وجب العمل به حكمًا.

ولو ادعت امرأتان أو ثلاث ولدًا ثبت النسب منهما عند أبي حنيفة، وعندهما لا يثبت منهما؛ لأن القضاء بالنسب من امرأتين متعذر ممتنع غير متصور؛ لأن سببهما في جانبها الولادة ولا يتصور ولادة شخص واحد من امرأتين.

لأبي حنيفة: أن المقصود من النسب أحكامه وأحكامه تترتب على الدعوى لا على حقيقة الولادة؛ لأنها مخفية مستترة وأحكامه قابلة للشركة وأثبتا أحكامه عليهما على الشركة كما في النتاج جاز القضاء بالملك للجماعة.

وإن كان لا يتصور نتاج دابة واحدة من دابتين إلا أن الملك قابل للشركة فقضينا بينهم على الشركة إذا وجد القاضي محملًا يطلق لهما إذا الشهادة بأن عاين أحد الفريقين الولادة وعاين الآخر إتباع الولد وارتضاعه من الأخرى.

ولو وقتاه ووقت أحدهما مخالف لسنه يقضى للآخر؛ لأنا تيقنا بكذب الآخر متى خالف سنه وقته، وإن كان مشكلًا في أحدهما مخالفا للآخر قضيت به للمشكل؛ لأنا لم نتيقن بكذب بينته وتيقنا بكذب بينة الأخرى. مشكل في أحدهما واضح في الآخر يقضى للواضح مشكل فيهما يقضي بينهما لأنا لم نتيقن بكذب إحدى البينتين لما احتمل أن يكون موافقًا لكل واحد من الوقتين فسقط حكم التأريخ إذا أشكل حكم البينتين فصار كما لو أطلق البينة، وذكر بعد هذا في رواية أبي سليمان يقضى للأول عند أبي حنيفة؛ لأنه لما أشكل السن لم يصلح شرعًا فبقي ذكر التاريخ فاندفع الثاني بالأول وعندهما يقضى بينهما ولم يذكر خلافًا في رواية أبي حفص وهو الصحيح.

(باب دعوى الولد بعد العتق)

(المبسوط): وإذا أعتق عبدًا صغيرًا ثم ادعى أنه ابنه فهو ابنه ولد عبده أم لا؛ لأنه

في يده ويجب ولايته فصحت دعوته، وإن كان كبيرًا لا يصح إلا بتصديقه؛ لأنه في يد نفسه وانقطعت يد المولى وولايته عنه.

عبد صغير بين رجلين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر فهو ابنه عند أبي حنيفة سواء ولد عندهما أم لا ونصف ولائه للآخر وقالا لا تصح دعوته؛ لأن عند أبي حنيفة العتق يتجزأ فبقي نصيب الذي لم يعتق رقيقًا فتصح دعوى المولى فيه.

وعندهما لا يتجزأ فيعتق كله، فإذا ادعاه الآخر ولا ملك له فيه لم يثبت النسب إلا بتصديق الصغير إن صدقه الصغير يثبت النسب، وإن كذبه لا يثبت كما في اللقيط المجهول النسب إذا كان يعبر عن نفسه. رجل أعتق أمته فتزوجت زوجًا فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الزوج وادعاه الزوج والسيد فأيهما صدقته فهو ابنه؛ لأن علمي قد أحاط بأن الولد كان قبل التزوج.

وإن صدقت الزوج وادعى نكاحًا فاسدًا ووطئًا بشبهة لزمه، وكذلك السيد لم تصح دعوته إلا بتصديقها؛ لأنه لا عدة له عليها ويده قاصرة عنها، فإن ماتت الأم والولد في يد الزوج ثم ادعياه فهو ابن السيد؛ لأنه في يده وتجب ولايته بحكم ولائه؛ لأن ولاءَهُ له وهو أحق به من غيره ولا شيء بينه وبين الزوج. [والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب](١).

(باب دعوى الزوجان الولد)

(المبسوط): زوجان رقيقان في يدهما صبي يقيمان البينة أنه ابنهما، وأقام حر ذمي أو مسلم البينة أنه ابنه من امرأته الحرة هذه قضي للحر؛ لأن بينته تثبت زيادة الحرية للولد ولأنه تثبت نسبًا بجميع أحكامه وبينة العبد لا تثبت بجميع أحكامه فكانت بينة الحر أولى والإسلام إنما يعتبر للترجيح بعدما استوت البينتان في الاثنان، فإذا لم يستويا لا يعتبر الإسلام مرجحًا مع أن بينة الإسلام لا توجب إسلام الصبي حقيقة بل توجب أحكام الإسلام لما بيناه.

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

صبي في يد زوجين أقام الرجل البينة أنه ابنه من غيرها وأقامت المرأة البينة أنه ابنها من غيره فهو ابنهما؛ لأن الولد لما كان في أيديهما كان الظاهر أنه منهما فكل واحد منهما قصد إبطال حق صاحبه ولا يقدران، كثوب في يد اثنين زعم كل واحد منهما أن الثوب بيني وبين فلان لم يصدق واحد منهما في إبطال حق صاحبه ويكون بينهما فكذا هذا إلا أن ثمة المقر له لم يدخل في نصيب المقر، وإن كان في يد أحدهما فالقول له لما عرف.

ولو ادعت المرأة أن ابنها منه فلا يخلو إما أن صدقها الزوج أو كذبها، فإن صدقها فهو ابنهما، وإن لم تشهد امرأة على الولادة لأنها بهذه الدعوى قصدت إلزام نسب الولد على زوجها وسبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش لكن الحاجة إلى إثبات الولادة وتعيين الولد، وفي إثبات الولادة وتعيين الولد إلزام عليه فلا بد من إثباتها بحجة وحجة إثباتها شهادة القابلة.

وإن كانت المرأة معتدته لا منكوحته وادعت النسب على الرجل احتاجت إلى حجة تامة عند أبي حنيفة، ولو قال الملتقط: هو ابني من زوجتي هذه وهي حرة أو أمة فصدقته فهو ابنهما.

وإن كانت الزوجة أمة كان الولد مملوكًا لمولى الأمة عند أبي يوسف، وعند محمد يكون حرًا.

لمحمد: أن حرية اللقيط ثابتة بظاهر الحال، وإنما صححنا الدعوى لما فيه نفع للولد وهو الحرية، وأبو يوسف يقول: إنا لما حكمنا بثبات النسب من الأمة كان من ضرورته أن يكون الولد رقيقًا والسبي قد ثبت ضمنًا وضرورة، وإن كان لا يثبت قصدًا.

ولو ادعت امرأة اللقيط أنه ابنها لم يصدق حتى يقيم بينة أنها ولدته، ولا تثبت الولادة في حق الميراث والطلاق إلا بشهادة شاهدين إذا لم يكن حملًا ظاهرًا أو إقرارًا من الزوج به أو فراشًا قائمًا عند أبي حنيفة، وعندهما تقبل شهادة امرأة ثقة؛ لأنها تقبل حال قيام الفراش ضرورة أنه مما لا يطلع عليه الرجال فكذلك في غيره.

لأبي حنيفة: أن الأصل في شهادة القابلة وحدها أن لا تكون حجة، وإنما

جعلناها حجة على الولادة ضرورة أنه لا يطلع عليها الرجال فيتعين حجة في حق حكم لا يقبل الفصل عن الولادة والنسب والطلاق يقبلان الفصل عن الولادة في الجملة فلم تثبت الولادة في حقهما كمن اشترى لحمًا فشهد مسلم عدل أنه ذبيحة مجوسي تقبل شهادته في حق حرمة التناول دون الرجوع على بائعه؛ لأن الحرمة لما كانت تنفذ عن نجس الذابح في الجملة لم يطهر نجس الذابح في حقه فكذا هذا.

ولو أقر الزوج بالحبل أو كان الحبل ظاهرًا أو الفراش قائمًا تثبت الولادة بقول القابلة؛ لأنه ثبت النسب قبل الولادة لقيام الفراش ثم وقعت الحاجة إلى تعيين الولد؛ لأن الخصم يقول لعله هلك فخرج ميتا أو مات بعد الخروج فلم يكن بدًّا من تعيينه بشهادة القابلة وقول القابلة حجة في إثبات الولادة وتعيين الولد.

وقال زفر: ليس بحجة لأنها شطر الشهادة بمنزلة رجل وأحدهما يطلع عليه الرجال.

وقال الشافعي: لا تثبت إلا بشهادة أربع نسوة وقال: تلك لا تثبت إلا بشهادة امرأتين.

والصحيح قولنا؛ لما روى حذيفة بن اليمان أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة في الولادة والقابلة اسم للواحدة، ولأنه لو لم تقبل شهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال لضاعت الحقوق المتعلقة به؛ لأن الرجال لا يحضرونها شرعًا وعرفًا ولا يحيطون لهم به علمًا فجعلت شهادتهن حجة ضرورة إحياء الحقوق وبعدما صارت الشهادة حجة القياس أن يكون شهادة الفرد حجة كاملة؛ لأنها عادلة صادقة مغلبة للظن مظهرة للحق ظاهرًا لكنها جعلت شطرًا للشهادة فيما يطلع عليه الرجال نصًا لا قياسًا.

وإن أقر الزوج بالحبل يقبل قول المرأة عند أبي حنيفة، وعندهما لا يقبل ما لم تشهد القابلة والخلاف لا يظهر إلا فيما إذا علق طلاقها بالولادة ثم أقر بوجود الحبل فادعت المرأة الولادة وكذّبها الزوج وقع الطلاق بقولها عنده، وعندهما لا يقع حتى تشهد القابلة؛ لأنه حكم متعلق بالولادة ولا يثبت عند المزاحمة والمنازعة بغير حجة كما في حق النسب.

لأبي حنيفة: أنه لما أقر بالحبل فقد أقر بما يقضي إلى الولادة لا محالة؛ لأن الحبل لا ينفك عن الولادة والمرأة مؤتمنة في الإخبار بالانفصال عما في رحمها فيقبل قولها بخلاف ثبات النسب؛ لأن الإقرار بالحبل ليس بإقرار بولادة هذا الولد بعينه؛ لأن الحبل ينفك عن ولادة هذا الولد بعينه ولا يتعين إلا ببينة.

(المنتقى): صبي في يد رجل وامرأة ادعت المرأة أنه ابنها منه وادعى الرجل أنه ابنه من غيرها فهو ابن الرجل دون المرأة؛ لأنهما تصادقا على كونه ابنًا له وتنازعا في كونه ابنًا لها فثبت ما تصادقا عليه، فإن جاءت المرأة بامرأة تشهد لها على الولادة كان ابنها منه وكانت زوجته بهذه الشهادة لأنها جعلته ابنها، لأنها ولدت على فراش الرجل فيثبت النسب منهما وفي ضرورة ثبوت النسب منهما ثبوت الزوجية بينهما.

ولو كان الصبي في يدي الرجل دونها والمرأة امرأته والمسألة بحالها فأقامت المرأة امرأة تشهد لها على الولادة، فإنه لا يكون ابنها منه ويكون ابن الرجل؛ لأن الصبي في يده فكان القول قوله.

(باب المعتدة متى يلتحق نسب ولدها)

(المبسوط): أقل مدة الحمل ستة أشهر لما رُوي: أن امرأة ولدت لستة أشهر منذ تزوجها فأتى بها إلى عثمان رضي الله عنه فهمَّ عثمان أن يرجمها فقال ابن عباس أما إن هذه لو جاءتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وقال في موضع آخر: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤]، فإذا وقع عامين للفصال من ثلاثين شهرًا يبقى للحمل ستة أشهر فلم يرجمها عثمان، وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين، ولو بظل مغزل أي بقدر ظل مغزل حالة الدوران وهذا لا يعرف إلا سماعًا وتوفيقًا فصار كالمرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم.

وقال الشافعي رحمه الله: أكثره أربع سنين وهذا مخالف الإجماع والأثر، فإن

الإجماع والأثر ورد في حق سنتين لا فيما زاد على ذلك. المطلقة إذا جاءت بولد فلا يخلو إما أن كانت مبانة أو مطلقة رجعية أو آيسة أو صغيرة، وإن كانت مبانة وقد ولدت لسنتين من يوم الفراق يثبت النسب من زوجها لاحتمال أن علوق هذا الولد كان قبل الطلاق؛ لأن الولد يبقى في البطن سنتين فلم يتيقن بزوال الفراش فلم يحكم بزواله بالشك فلم ينقطع النسب عنه بالشك.

وإن ولدت لأكثر من سنتين لم يثبت النسب إذا أنكر الزوج لأنا تيقنا أن علوقه لم يكن في فراش الأول، وإنما حصل في فراش حادث وقد وقع الشك في كون الفراش الحادث لهذا الزوج أو لغيره فوقع الشك في ثبوت النسب منه فلا يثبت بالشك وتردّ نفقة الستة أشهر عندهما.

وعند أبي يوسف: لا تردّ بناء على أن العدة تنقضي بالولادة عنده وعندهما تنقضي بالإقرار قبل ذلك بستة أشهر، له: أن العدة تنقضي إما بالإقرار أو بوضع الحمل ولم يوجد الإقرار لأنها ما أقرت بها فتنقضي بوضع الحمل.

لهما: أن العلوق احتمل أن يكون من نكاح جائز، فإن تزوجت بعد انقضاء عدتها فاحتمل أن يكون من نكاح فاسد، فإن تزوجت في العدة فيجعل من نكاح جائز حملًا لأمرها وحالًا لولد على الصلاح والسداد، وإن كانت هي منكرة للنكاح ولكن إنكارها لا يعتبر في حق الولد حملًا بحاله على الصلاح، وإن كانت مطلقة رجعية فجاءت بولد لسنتين ولم يقر بانقضاء العدة ثبت النسب ولا يصير الزوج مراجعًا لاحتمال العلوق بوطء قبل الطلاق فوقع الشك في ثبوت الرجعة فلا يثبت بالشك.

وإن ولد لأكثر من سنتين ثبت النسب وصار مراجعًا لجواز أن يكون امتد طهرها فوطئها في آخر الطهر فعلقت به وصار مراجعًا لأنَّا تيقَّنَّا أنه من علوق حادث بعد الطلاق، ولكنه احتمل أنه من الزوج في العدة فيصير مراجعًا ويبقى الفراش، واحتمل أنه من غيره بنكاح صحيح بعد انقضاء العدة وزوال الفراش فقد وقع الشك في زوال الفراش وانقطاعه فلم ينقطع بالشك.

ولو أقرت المطلقة الرجعية بانقضاء العدة فولدت بعد الإقرار لأقل من ستة

أشهر ثبت النسب؛ لأنا تيقّنّا أنها حين أخبرت كانت حاملًا؛ لأن هذه مدة لا يتصور في مثلها الحبل فيظهر أنها أقرت كاذبة وأنها ولدت لستة أشهر أو أكثر لا يثبت النسب.

وقال الشافعي: يثبت ما لم تتزوج.

والصحيح قولنا؛ لأنها مؤتمنة في الإخبار عما في رحمها وقولها حجة شرعًا إلا إذا تيقنّا كذبها وهنا لم نتيقن بكذبها لجواز أنها تزوجت بعد الإقرار بانقضاء العدة فحدث من ذلك ولد فيقبل قولها بالانقضاء في إبطال حقها.

وإن كان فيه تضييع نسب الولد؛ لأن قول الأمين حجة في الشرع وإن تضمن إبطال حق الغير، ولهذا يبطل به حق الزوج في الرجعة.

ولو طلقها قبل الدخول والخلوة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر يثبت النسب؛ لأنا تيقّنّا أن العلوق حصل حال كونها فراشًا له، وإن كان لأكثر لا يثبت النسب لاحتمال أن العلوق حصل لا في فراشه كما في المعتدة إذا ما أقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد.

وإن كانت المطلقة آيسة فأقرت بانقضاء العدة بالشهور ولم تقر ثم جاءت بولد لسنتين من يوم الفراق يثبت النسب؛ لأنه لما بطل اليأس بالحبل؛ لأن الآيسة لا تحبل ظهر أن بقضاء عدتها بوضع الحمل لا بالأشهر وإنها غلطت في إخبارها فصار خبرها بالانقضاء وعدمه بمنزلة. وإن أقرت بالانقضاء مطلقًا في مدة يصلح ليلته أقرا، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر منذ أقرت يثبت النسب وإلا فلا؛ لأنه لما بطل الناس فمطلق إقرارها بالانقضاء يحمل على الإقرار بالانقضاء فلم يتيقن بكذب خبرها.

وإن كانت صغيرة فأقرت بانقضاء العدة بالشهور ثم أتت بولد لأقل من ستة أشهر منذ أقرت ثبت النسب لأنا تيقّنّا بكذب خبرها، وإن كان لأكثر لا يثبت كما في البالغة، وإن لم تقر بانقضاء العدة فجاءت بولد لتمام تسعة أشهر لم يثبت النسب عندهما، فإن جاءت لأقل ثبت.

وقال أبو يوسف: إن كانت مبتوتة ثبت إلى سنتين وإن كانت مطلقة رجعية ثبت

النسب، وإن جاءت لأقل من تسعة وعشرين شهرًا أو إن جاءت لأكثر لا يثبت.

له: أن هذه معتدة يحتمل أن تكون حاملًا وهي لا تشعر به فيثبت نسب ولدها إلى سنتين إن كانت مبتوتة كالبالغة وفي الرجعية يثبت لأقل من سبعة وعشرين لا ما يحكم بكون العلوق في العدة وصار به مراجعًا.

لهما: أن نكاح الصغيرة لم ينعقد سببًا لثبات النسب؛ لأنه لا ماء لها كنكاح الصغير وقع الشك في صيرورته سببًا إن حصل البلوغ قبل مضي ثلاثة أشهر صار سببًا، وإن حصل بعد مضيها لا يصير سببًا، ولا ينعقد سببًا بالشك وقيام العدة حالة البلوغ ثابت باستصحاب الحال لا بدليل موجب لبقائه والثابت باستصحاب الحال يصح حجة لإبقاء ما كان ثابتًا لا لإثبات أمر لم يكن فلا يثبت كون نكاح الصغيرة سببًا لثبات النسب لقيام العدة الثانية باستصحاب الحال، وإذا ادعت أنها حامل قبل ثلاثة أشهر يثبت نسب ولدها إما بينها وبين أقل من سبعة وعشرين شهرًا في قولهم؛ لأنها لما أقرت بالحبل فقد أقرت ببلوغها فصار حكمها وحكم الكبيرة سواء. معتدة تزوجت بآخر ودخل بها وفرق بينهما فجاءت بولد يجوز أن يكون منهما فهو من الأول حملًا لحال الولد على الصلاح وصونًا لأصله عن الفساد قيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يثبت النسب من الثاني وقاسوا على مسألة البغي والصحيح هو الوفاق، فإن لم يتصور من الأول فهو من الثاني لأنها متى جاءت بولد لأكثر من سنتين منذ طلقها الأول لا يثبت النسب من الأول لتعين ثبوته من الثاني.

وإن لم يتصور منهما لا يجعل منهما بأن جاءت بولد لأكثر من سنتين منذ طلقها الأول ولأقل من ستة أشهر منذ دخل بها الثاني وحكم أم الولد إذا جاءت بولد لسنتين أو أكثر كحكم الحرة والكبيرة المعتدة عن وفاة يثبت نسب ولدها إلى سنتين.

وقال زفر: لا يثبت إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة أو لستة أشهر؛ لأن مضي الأشهر متعين لانقضاء عدتها، فإذا مضت يحكم بانقضائها ويحمل الحبل على أمر حادث.

لنا: أن نكاح البالغة انعقد سببًا لثبات النسب ووقع الشك في زواله إن حدث العلوق في النكاح السابق بقي سببًا.

وإن حدث في نكاح لاحق بعد انقضاء العدة لا يبقى سببًا فلا يخرج عن كونه سببًا بالشك، والصغيرة المعتدة عن وفاة جاءت بولد بعد انقضاء عدة الوفاة لأقل من ستة أشهر يثبت النسب؛ لأنه ظهر أن حدوث الحبل كان في العدة والعدة لا تنقضي مع وجود الحبل.

(قال في الفتاوى): رجل تزوج بامرأة نكاحًا فاسدًا فجاءت بولد لستة أشهر يثبت النسب؛ لأن النكاح الفاسد سبب لثبات النسب كالصحيح وتعتبر المدة عندهما من وقت النكاح، وعند محمد تعتبر من وقت الدخول إلى ستة أشهر وعليه الفتوى هكذا أجازه مشايخنا؛ لأن النكاح الصحيح إنما قام مقام الوطء في حق ثبات النسب؛ لأنه داعٍ إليه شرعًا والنكاح الفاسد ليس بداعٍ إليه شرعًا بل هو مانع عنه ولا يقام مقامه. رجل زنى بامرأة فحملت منه فلما استبان حملها تزوجها الزاني بها فولدت بعد النكاح لستة أشهر فصاعدًا يثبت النسب منه ويرث منه لأنها جاءت في مدة حمل تام عقيب نكاح صحيح، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر لا يثبت النسب منه؛ لأنها جاءت في مدة حمل لأنا تيقّنّا أن العلوق حصل لا في فراشه. رجل تزوج امرأة فجاءت بسقط قد استبان خلقه لأربعة أشهر جاز النكاح.

وإن جاءت لأقل من ذلك لم يجز؛ لأن خلقه لا يستبين إلا في مائة وعشرين يوما أربعين نطفة وأربعين علقة وأربعين مضغة ثم ينفخ فيه الروح فمتى تمت هذه المدة تبين أن الولد من الزوج الثاني.

وإن لم يتم فمن الزوج الأول ذكر ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف ومحمد: أم ولد قبلت ابن سيدها فأعتقها مولاها فجاءت بولد لم يلزم السيد إلا أن يجيء به لأقل من ستة أشهر منذ حرمته على سيدها؛ لأن الفراش زال في حقها بالتحريم المؤبد، وإنما وجب عليها ثلاث حيض لا بحكم الفراش بل هو في معنى الاستبراء كما قبل العتق لم يثبت النسب إلا لأقل من ستة أشهر منذ حرمت فما بعد العتق أولى.

(باب دعوى نفي الرجل الولد من زوجته أو ادعاه)

[(المبسوط)][(١)]: مسائله على خمسة أوجه: رجل تحته أمة منكوحة فجاءت بولد فنفاه الزوج أو ادعاه أو أعتقها مولاها أو اشتراها الزوج فأعتقها أو اشتراها ثم باعها ثم جاءت بولد في كل وجه إما أن نفاه الزوج أو ادعاه:

أما الأول: إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح فادعاه لا يصح إلا بتصديق المولى؛ لأن علوق هذا الولد لم يكن في نكاحه، وإنما كان في ملك المولى فيحتاج إلى تصديقه كما قبل النكاح، وإن جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح يلزمه الولد ولا يصح نفيه؛ لأنه ولد النكاح وولد النكاح ثابت النسب منه ولا يقطع نسبه إلا باللعان ولا لعان بين رقيقة وحر ولا يلزمه الحد؛ لأن المقذوفة ليست بمحصنة.

وأما الثاني: لو أعتقها مولاها ثم جاءت بولد، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العتق فادعاه الزوج يثبت نسبه منه، وإن اختارت الأمة نفسها حتى بانت؛ لأن النكاح وإن كان منقطعًا وقت الدعوى كان قائمًا وقت العلوق وإنه كاف لثبات النسب وإن نفاه، فإن اختارت زوجها لا ينقطع النسب ويلاعنان لقطع النكاح لا لقطع النسب؛ لأنه ولد النكاح وولد النكاح لا يقطع نسبه إلا باللعان وقد تعذر القطع باللعان؛ لأنهما وقت العلوق لم يكونا من أهل اللعان فيلاعنان لقطع النكاح؛ لأنه قائم وقت اللعان وهما من أهله كمن نفى ولد امرأته بعدما أقر به فإنهما يتلاعنان لقطع النكاح لا لقطع النسب، وإن اختارت الفرقة بعد النفي فلا لعان ولا حد؛ لأن من شرط إقامة اللعان قيام الزوجية وهي فائتة وهذا القذف انعقد موجبًا للعان بوقوع الفرقة بينهما ولا يصير موجبًا للحد وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدًا من وقت العتق، فإن ادعاه ثبت النسب لما بيَّنَّا وإن نفاه واختارت المرأة زوجها يلاعن بينهما ويقطع النسب؛ لأن الزوجية قائمة وقت اللعان وهما من أهله، وإن اختارت الفرقة فلا لعان ولا حد لانقطاع الزوجية باختيارها نفسها.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): قال في الزيادات.

وأما **الثالث**: لو اشتراها الزوج فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء فنفاه لا يصح نفيه ويلزمه الولد؛ لأنه ظهر أن الولد علق حال قيام النكاح فلا ينبغي إلا باللعان ولا وجه إلى اللعان؛ لأن الزوجية انقطعت بالشراء، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدًا فنفاه ينتفي بمجرد النفي؛ لأن هذا الولد يجعل حادثًا بإعلاق وجد بعد الشراء؛ لأن الوطء حلال له بملك اليمين فيحال بالعلوق إلى أقرب الأوقات وهو ما بعد الشراء؛ لأن الأصل في الحوادث أنه يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر منها وهذه أمته ولدت فلا يلزمه إلا أن يقر به وله أن ينفيه، والمعتدة بالطلاق البائن إذا جاءت بولد لستة أشهر من وقت الطلاق وثبت النسب؛ لأن الوطء حرام فيجعل الولد حادثًا من إعلاق قبل وقوع الفرقة وهو حال قيام النكاح ليكون العلوق من وطء حلال فيكون حلال ولد النكاح لا ولد السفاح فيثبت النسب من غير دعوة وهنا الوطء حلال ولا حاجة إلى أن يجعل هذا الولد حاصلًا من إعلاق قبل وقوع الفرقة فيجعل من إعلاق بعد وقوع الفرقة وهو ما بعد الشراء.

وأما **الرابع**: لو أعتقها بعد الشراء وكان دخل بها في النكاح فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت العتق يلزمه ولا ينبغي نفيه، وإن نفاه فعليه الحد؛ لأنه ولد النكاح بيقين، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدًا إلى سنتين من وقت الشراء قال محمد: يلزمه وإن نفاه فعليه الحد.

وقال أبو يوسف: لا يلزمه ما لم يدعه وإن ادعاه لزمه وإن كذبته المرأة.

لمحمد: أن هذه معتدة ووطؤها حرام عليه؛ لأن الوطء حرام بعد الشراء والعتق فوجب أن يجعل الولد حادثًا من وطء حاصل قبل الشراء حملًا لفعله على الحلال والصلاح والسداد كالمطلقة المعتدة، ويحد له إن نفاه؛ لأنه قذفها بالزنا حال قيام النكاح ولكن قذفها في الحال وهي حرة، ولا وجه إلى إيجاب اللعان لانقطاع الزوجية فيجب الحد.

لأبي يوسف: أن الوطء حلال له بعد الشراء قبل العتق بملك اليمين فاحتمل أن يكون الولد حادثًا من إعلاق قبل الشراء واحتمل أن يكون من إعلاق بعد الشراء، فإن كان حادثًا من إعلاق قبل الشراء يلزمه الولد من غير دعوى، فإن كان من إعلاق

بعد الشراء قبل العتق لا يلزمه فوقع الشك في لزومه فلا يلزمه ولأن هذا متيقن؛ لأنه أقل وأقرب الأوقات فيجعل من إعلاق حاصل بعد الشراء قبل العتق فيكون ولدًا منه فلا يلزمه، وإن كان لم يدخل بها فجاءت به لأقل من ستة أشهر بعد الشراء فهو ابنه ويضرب الحد إن نفاه؛ لأنه ولد النكاح لا ينتفي إلا باللعان وإقامة اللعان متعذر لانقطاع الزوجية فيحد؛ لأن المقذوفة محصنة أجنبية من القاذف وقت القذف، وإن جاءت به لأكثر لا يلزمه وإن نفاه لا يضرب الحد؛ لأنه ولد الأمة؛ لأن حصول الولد مضاف إلى إعلاق بعد الشراء؛ لأنه أقرب الأوقات لما بينا.

فأما **الخامس**: لو باعها حين اشتراها وقد دخل بها في النكاح فجاءت به لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه الولد ونقض البيع والجارية أم ولده ظهر أن العلوق كان في النكاح فيكون ولد النكاح فيظهر أنه باع أم ولده وبيع أم الولد باطل، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر ولم يقر بانقضاء العدة لم يلزمه إلا إذا ادعاه، وإذا ادعاه ينقض البيع؛ لأن الوطء كان حلالا في هذه العدة فلا يجعل هذا الولد من علوق حال قيام النكاح، ولكن لا يجعل من المشتري الثاني؛ لأن الوطء حرام عليه لكونها معتدة البائع فصحت دعوى البائع وتصير الجارية أم ولد له فينقض البيع، وعند أبي يوسف: آخر إن جاءت به لأكثر لم يلزمه وإن ادّعاه ولم ينقض البيع؛ لأن هذا ولد الأمة؛ لأن العلوق محال إلى ملك اليمين على ما بيناه وكانت هذه وسائر إمائه سواء وقد جاءت بالولد بعد بيع الزوج لستة أشهر فلا تصح دعوى البائع إلا بتصديق المشتري.

ولو كان المشتري الآخر قد أعتق الولد ثم ادعاه المشتري الأول، فإن جاءت به لستة أشهر فصاعدًا بعد الشراء الأول لم يلزمه؛ لأنه لم يظهر أن علوقه كان في حالة النكاح حتى يكون ثابت النسب منه، فلو ثبت النسب يثبت بالدعوى وهو لا يقبل الدعوى بنفوذ العتق فيه ولا تصح، فإن جاءت لأقل من ستة أشهر تصح دعوته ويبطل البيع وينتقض العتق.

وكذلك لو أعتق المشتري الآخر الأم مع الولد يبطل البيع والعتق فيهما؛ لأنه ظهر أن علوق هذا الولد كان في النكاح فيكون ولد النكاح ثابت النسب منه وأنها صارت أم ولد له حين اشتراها. نفى ولده ثم مات الولد قبل اللعان لا ينتفي.

وكذلك لو مات أحدهما قبل تفريق القاضي بعد التلاعن؛ لأنه تعذر قطع نسب الميت؛ لأنه نفي حق الأحكام بعد الموت فلا يمكن النفي والقطع؛ لأنه متى تعذر نفي الأحكام تعذر نفي النسب. نفى ولده ولاعن فمات الولد وترك ابن بنت أو بنت بنت فادعاه لا يصدق عند أبي حنيفة وعندهما يصدق. لو ترك ابن الابن أو بنت الابن لهما: أن ولد البنت أهل لأحكام النسب ومحتاج إلى ثبات النسب إما للتشرف والتجمل والتفاخر بالأنساب أو لاستجلاب النفع والاسترقاق من حب الإرث والنفقة ونسبه ثبت من أب الأم كما يثبت من أب الأب إلا أن النسبة مطلقًا للتعريف والتشهير يكون إلى الآباء والنسبة به للتوفيق والتشفيق يكون إلى الآباء والأمهات جميعًا. له: أن النسبة مطلقًا إلى الآباء لا إلا الأمهات قال الله تعالى: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ﴾ [الأحزاب: ٥] وإن النسب إنما شرع للشرف والتجمل والتعريف والتشهير وذلك كله يحصل بالأنساب إلى الآباء دون الأمهات وكانت الأم في النسب تبعًا والأب أصلًا فلا يكون دعوى نسب الأم دعوى نسب الجد كي لا ينقلب المتبوع تبعًا. نفى ابنته ولزمه ابنها فأراد ابن الملاعن أن يتزوجها ليس له ذلك؛ لأن النسب قائم في حق حرمة المناكحة؛ لأن هذا ولده حكمًا لقوله عليه السلام: "**الولد للفراش**" إلا أنه قطعت عنه النسبة في حق النفقة والميراث وبقيت النسبة في حق حرمة المناكحة وغيرها.

ولدت المطلقة رجعيًا لأقل من سنتين بيوم ولم تقر بانقضاء العدة فنفاه الرجل ثم ولدت آخر بعده سنتين فهما ابناه ولا حد ولا لعان عندهما.

وقال محمد: هذه رجعة ويسأل عن الولد الثاني إن نفاه لاعن وينتفي النسيان.

محمد: جعل الولد الأول تبعًا للثاني وهما يجعلان الولد الثاني تبعًا للأول.

لمحمد: أن علوق الثاني يتيقن أنه كان بعد الطلاق؛ لأن الولد لا يبقى في البطن لأكثر من سنتين وعلوق الأول مشكوك فيه يجوز أن يكون قبل الطلاق ويجوز أن يكون بعده ولا يمكن أن يعتبر حكم كل واحد منهما على حدة؛ لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد وعلقا في ساعة متحدة وكان جعل المشكوك تابعًا للمتيقن أولى، وإذا صار الأول تبعًا للثاني يجعل كأنهما حدثا بعلوق حادث بعد الطلاق فيظهر أن الزوج صار مراجعًا لها وأنها منكوحة.

لهما: أن جعل اللاحق تبعًا للسابق أولى من جعل السابق تبعًا للاحق؛ لأن السبق يصح للترجيح في حق الأحكام وعلوق الثاني مشكوك فيه أيضًا أنه كان قبل الطلاق أم بعده كالأول؛ لأنه يجوز أن علوقه كان قبل الطلاق إلا أنه بقي في البطن لأكثر من سنتين لتعسر الولادة؛ لأن خروجهما معًا لا يتصور والولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين بدليل محتمل وهو غالب الرأي والظن لا يتيقن غير مستحيل فيجوز العمل بخلافه إذا جاء دليل ضروري، فإذا استويا في كون علوق كل واحد منهما مشكوكًا فيه كأن جعل اللاحق تبعًا للسابق أولى.

ولو ولدتهما لأكثر من سنتين والمسألة بحالها سئل عن الولد الثاني، فإن نفاه لاعنها بهما ولزما الأم، وإن أقر به لزماه ويحد؛ لأنه ظهر أن الولدان حصلا في علوق حادث؛ لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فحصل علوقهما من وطء وجد بعد الطلاق فصار الزوج مراجعًا لها، فولادة الثاني حصلت بعد الرجعة فيكون النكاح قائما فيلاعن بينهما لقطع النكاح وقطع نسبهما يكون موقوفًا على نفي الثاني، فإن نفاه قطع وإلا فلا؛ لأن نفي الأول لا يكون نفيًا للثاني فبقي الثاني ثابت النسب وثبات النسب من أحدهما يوجب ثبات نسب الآخر ضرورة.

ولو كان الطلاق ثابتًا، فإن جاءت بالولد لأكثر من سنتين لا يلزمه الولدان ولا حد ولا لعان؛ لأنه ظهر أن الولدان حصلا عن علوق حادث لا من الزوج ولا لعان ولا حد؛ لأن في حجرها ولد لم يثبت نسبه من أحد وهو من علامات الزنا وكانت في صورة الزانيات فقذفها لا يوجب شيئًا، وإن جاءت بأحدهما لأقل من سنتين فنفاه يلزمه الولدان لما بينا.

وعليه الحد عندهما؛ لأنهما يجعلان الثاني تبعًا للأول فكأنها جاءت بهما لأقل من سنتين، وعند محمد لا يلزمه الولدان ولا حد عليه؛ لأنه يجعل الأول تبعًا للثاني فكأنها جاءت بهما لأكثر من سنتين أسلم الزوجان الكافران أو أعتق الزوجان العبدان فجاءت بولد لستة أشهر فنفاه لاعنها ولزم الولد الأم؛ لأن الوطء كان حلالا فيقضى بنسب الولد من أقرب الأوقات وأقرب الأوقات هنا ما بعد الإسلام وبعد العتق فيقضي بعلوق الولد من هذا الوقت وهما في الحال من أهل اللعان ويلحق

النسب بالأم، وإن جاءت به لأقل لاعنهما والولد لازم الأب، لأنا تيقنا أن العلوق كان في حال لا يجري بينهما اللعان وقطع النسب إنما يكون من وقت العلوق؛ لأنه متى ثبت لازمًا وقت العلوق لا يمكن قطعه ولا يمكن القضاء بحكم اللعان وهو نفي النسب من وقت العلوق فبقي ثابتًا.

(باب البينة على دعوى النسب)

(المبسوط) أصله: أنه إذا قامت البينتان على نسب الولد يقضى لمدعي النكاح؛ لأن فراش النكاح صحيحًا أو فاسدًا أقوى وآكد من الفراش الثابت بملك اليمين؛ لأن ذلك لا يقبل الانتقال والتحويل إلى غيره وفراش ملك اليمين يقبل الانتقال إلى غيره بالتزويج، وكذا الفراش الثابت بالنكاح الصحيح أقوى وآكد من الفراش الثابت بالنكاح الفاسد. غلام احتلم أقام البينة على رجل وامرأته أنه ابنهما، وأقام رجل آخر وامرأته البينة أن الغلام ابنهما فبينة الغلام أولى ويثبت نسبه من الذين ادعاهما؛ لأن هذا في معنى دعوى النتاج والغلام في يد نفسه وفي النتاج بينة صاحب اليد أولى؛ ولأن حق الولد في النسب أغلب وأكثر؛ لأن المنفعة عظمها في النسب راجعة إلى الولد؛ لأنه يحصل له منفعة وأيده على استحقاق المالية وهي منفعة التجمل والتشرف والتعطف والشفعة، فإن الولد يتجمل بالأب ويتشرف به؛ لأنه كان يعير ويذمم إذا لم يكن له أب والعبرة لِلأغلب فكان النسب حقًّا له وكان الولد مثبتًا حق نفسه ومدعيه مثبتًا حق غيره وكانت بينة من ثبت حق نفسه أولى لأنها أكبر إثباتًا.

وكذلك لو كان الغلام نصرانيًا فأقام بينة مسلمة على نصراني ونصرانية أنه ابنهما وأقام مسلم ومسلمة بينة على ذلك فبينة الغلام أولى ويترجح على بينة المدعي بالإسلام؛ لأن اليد أقوى في الترجيح من الإسلام لما بينا ولأنه ثبت حق نفسه والمدعي يثبت حق غيره ولو كانت بينة الغلام نصرانية فبينة المسلم أولى ويجبر الغلام على الإسلام؛ لأن بينة الغلام ليست بحجة على المسلم وكأنه لم يقم البينة في حق المدعي المسلم وهو يتفرد بإقامة البينة فيقضي بنسب الغلام منه؛ لأن للأبوين في النسب حق فأنهما يستحقان عليه حقوقًا مالية فيقبل منهما إذا انفردا بإقامة البينة.

ولو ادعى الغلام أنه ابن فلان ولد على فراشه من أمته هذه ويقول الرجل هو عبدي ولد من أمتي زوجتها من عندي فلانًا فولدت له والعبد يدعيه وأقاما البينة على ذلك فالبينة بينة العبد والمولى؛ لأن الغلام يدعي الفراش بملك اليمين والعبد يدعي الفراش بملك النكاح وفراش النكاح أقوى وآكد وأكمل وكانت بينته أولى وأحق.

وإن كان العبد ميتًا أو حيًّا إلا أنه لا يدعيه لا يقبل بينة مدعي النكاح؛ لأنه ثبت النكاح للعبدين من غير دعواه ولا يثبت النكاح بالبينة بدون الدعوى، غلام وأمة في يد رجل فأقام الآخر البينة إن هذه أمته ولدت هذا الولد على فراشه وأقام الذي في يده البينة أنها أمته ولدت هذا الغلام على فراشه والغلام صغير أو مدرك يدعي أنه ابن من هو في يديه يقضي لذي اليد.

وإن كان الغلام يدعي أنه ابن الآخر يقضى له؛ لأن في بينة الخارج إثبات لحرية الأمة وليس في بينة ذي اليد ذلك بل في بينته إثبات الرق فيها وبينة الحرية أولى من بينة الرق؛ لأنه لا يجوز القضاء بالرق مع قيام البينة على الحرية؛ لأن الحرية ترد على الرق والرق لا يرد على الحرية، وإذا تعارضا تبطل الحرية والرق فيكون القول لمن يصدقه الولد، رجل أقر بأن هذا الصبي ابنه من أمته هذه ثم مات وأقام إخوته البينة أن أباهم زوَّج أمته من هذا العبد قبل ولادته بثلاث سنين فولدت هذا على فراش العبد والعبد والأمة ينكران ذلك لا تقبل بينتهم لفقد الدعوى من صاحب النكاح.

ولو كان العبد هو المثبت لذلك تقبل ويثبت نسبه منه؛ لأنه بهذه الشهادة يثبت الملك لنفسه على الميت ولأنه يدعي نسب الصبي بسبب النكاح يدعي على المولى والنسب حكم النكاح فانتصب المدعي قبله خصمًا عنه بحكم اتصال النسب بينهما كما في دعوى الملك والشراء الغائب.

وإن كان الإقرار من المولى في المرض عتقا من الثلث والمرأة امرأة العبد؛ لأنها دعوى تحرير؛ لأنه لا يوجب هذه الدعوى ثبات النسب فكان بمنزلة الإعتاق والإعتاق في المرض يعتبر من الثلث.

وكذلك لو كان الغلام بالغًا فأقام البينة أنه ابن هذا الرجل ولد على فراشه من أمته هذه وأقام المولى البينة أنه ابن عبده زوج أمته منه وادعاه العبد وهو ابن العبد؛ لأن بينته أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت نسب الغلام بفراش النكاح وبينة الغلام تثبت نسبه بفراش ملك اليمين وفراش النكاح آكد وأقوى لما بينا.

وبينة الغلام وإن كانت تثبت الحرية، ولكن الترجيح بالحرية واليد إنما تعتبر إذا استوت البينتان في الإثبات، فأما إذا كانت إحداهما أكثر إثباتًا لم يعتبر الترجيح بالحرية واليد كما في دعوى مطلق الملك لم يعتبر الترجيح باليد.

ولو ادعى الغلام ما ادعى المولى والمولى على عكسه وهو حر وابن عبده؛ لأن بينة الغلام أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت نسبه بفراش النكاح وبينة المولى تنسبه بملك اليمين وعتق الغلام بإقرار المولى.

رجل مات فأقام غلام مدرك البينة أنه ابن الميت الحر من أمته فلانة، والميت أقر به وأقام آخر البينة أنه ابن عبده من أمته فلانة والعبد يدعي أيضًا يقضي للعبد؛ لأن بينته تثبت النسب بفراش النكاح والغلام بفراش ملك اليمين وكانت بينة العبد أكثر إثباتًا، وإن كان العبد ميتًا ثبت نسبه من الحر وأمه أم ولد الحر؛ لأن بينة المدعي على إثبات نكاح العبد غير مسموعة لأنها تثبت نكاح غيره وقد انعدم الدعوى منه.

(فصل)

صغير لا يتكلم في يد رجل يدعيه أنه ابنه يثبت النسب منه استحسانًا إذا لم يعبر عن نفسه؛ لأنه لا يد له على نفسه يدًا دافعة بل في يد غيره يدًا قاهرة وتحت ولايته الحافظة كالبهيمة العاجمة؛ لأن الآدمي ما فارق البهائم إلا بالعبارة الناطقة، ولهذا لو ادعى أنه عبده يقبل، فإذا ما ادعى البنوة أولى أن يقبل لما فيه من تحصيل النفع للصغير بالتزام المنفعة والنفقة والحضانة والتربية والتشرف والتجمل والنسب.

وإن ادعاه آخر أنه ابنه ثبت نسبه صدقه ذو اليد أو كذبه استحسانًا لا قياسًا؛ لأن يد الملتقط ثابتة عليه فهو بالدعوى يريد إزالة يده عنه؛ لأنه متى صحت الدعوى

جاز له أن يخرجه من يده، وليس له إزالة يده فوجب أن لا تقبل، وجه الاستحسان: أن الدعوى في حق الصبي وهو تحصيل شرف النسب ولزوم الحضانة والنفقة فكانت الدعوى أنفع وأنظر له فتقبل إذ لو لم تقبل لفات على الصبي هذا النفع والنظر ثم إذا صحت الدعوى كان هو أولى به ضرورة، ولو ادعاه ذو اليد ورجل آخر فذو اليد أولى؛ لأنهما استويا في الدعوى والنفع ولأحدهما يد عليه؛ وكان صاحب اليد أولى، ولو سبق أحدهما بالدعوى فهو للسابق لأن السابق حين ادعى لم يكن له منازع فبعدت دعوته وصحت واندفعت الأخرى بها وبطلت.

وإن أقام آخر البينة أنه ابنه يقضى لصاحب البينة ويكون الغلام حرًّا، وإن لم يعرف أمه؛ لأنه ثبت أنه علق من مائه وماؤه حر فيكون المتعلق منه على نعت الحرية.

وكذلك إن كان المدعي ذميًا أو عبدًا أو امرأة أثبتت نسبه منه؛ لأن اليد المستولدة لا تعارض البينة العادلة؛ لأن البينة حجة متكاملة صالحة للاستحقاق على الغير واليد لا تصلح حجة للاستحقاق على الغير، وإذا لم يستويا في الحجة لا يعتبر الترجيح بالإسلام والحرية، وفي العبد يجب أن يكون الولد رقيقًا إذا لم يعرف أمه لأن ما العبد رقيق ما لم يوجد دليل بطلان الرق ولم يوجد فيتعلق الولد رقيقًا، وذكر في الكتاب أن الولد حر، وإن كان مدعيه عبدًا؛ لأن حرية الولد تثبت بإقرار ذي اليد من حيث الظاهر حين ادعى نسبه فالثابت من حيث الظاهر لا ينقض إلا بالبينة ولم تقم البينة من العبد على إبطال الحرية الثابتة من حيث الظاهر إذا كانت الأم مشكلة؛ لأنها محتملة مشكوكة أنها حرة أو رقيقة فلا تنقض الحرية الثابتة بالشك حتى لو أقام العبد البينة أنه ابنه من امرأته الأمة، فإنه تبطل الحرية.

ولو أقام حر البينة أنه ابنه من هذه المرأة وأقام الذي في يديه أنه ابنه ولم ينسبه إلى أم قضي للمدعي؛ لأن في بينته إثبات النسب من شخصين وفي بينة ذي اليد إثبات النسب من شخص واحد فكانت بينة المدعي أكثر إثباتًا واليد إنما تعتبر للترجيح إذا استويا في الإثبات، فإذا لم يستويا لا تعتبر ولا يضر جحود المرأة والأب خصم عن أمه في إثبات نسبه منها كالأم خصم إذا أنكر الأب؛ لأن في إثبات

النسب من الأب منفعة محضة للصغير؛ لأن في الحقوق استزادة وللولد في هذا زيادة منفعة لما فيه إزالة التعيير والتعييب بعدم الأب، فإنه يعير الولد بالزنا إذا لم يكن له أب يربيه ويحفظه ويقيه فترجحت منفعة الصغير على منفعة الأب في ثبات النسب فيكون نفعًا محضًا للصغير، ولهذا صحت دعوى الرجل من غير بينة فانتصب الأب خصمًا عنه في إثبات النسب من الأم، وكذلك انتصبت الأم خصمًا في إثبات النسب من الأب؛ لأنها تصلح خصمًا عنه في إثبات حقوقه النافعة المحضة لقبول الهبة والصدقة والوصية للصغير تصح من الأم كما تصح من الأب، وإنما لا تصلح الأم خصمًا عن الصغير في إثبات حقوقه الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع ونحوه، الخارج وذو اليد أقاما البينة على البنوة فذو اليد أولى؛ لأن النسب في معنى النتاج؛ لأن سبب ثبوته في الحقيقة الولادة وهي لا تنكر إلا أن الفراش الظاهر أقيم مقام النسب وفي دعوى النتاج ذو اليد أولى فكذا هذا أقامت المرأة شاهدة واحدة أنها ولدته إن كان ذو اليد ادعى أنه عبده أو ابنه لم يقض للمرأة؛ لأن عند أبي حنيفة الولادة إنما تثبت بشهادة القابلة في حق ثبات النسب من المرأة لا غير؛ لأن ولادة المرأة لا تنفك عن ثبات النسب بحال، فمتى ثبتت الولادة بشهادة القابلة ثبتت في حق ما لا تنفك الولادة عنه وهو ثبات النسب منها، فأما ثبوت النسب ينفك على إبطال يد مستحقة للغير فلا تثبت الولادة في حقه بشهادة القابلة كما لا تثبت الولادة بشهادة القابلة في حق وقوع الطلاق والعتاق المعلق بالولادة؛ لأن الولادة تنفك عنه في الجملة فكذا هذا، وأما عندهما يجب أن يقضى للمرأة؛ لأن الولادة عندهما تثبت بشهادة القابلة مطلقة في حق الأحكام أجمع، فكذلك في حق إبطال يد ذي اليد، وإن كان لا يدعي وهو لقيط قضي للمرأة؛ لأنه متى لم يدعيه أحد أنه ابنه أو عبده ليس له على هذا اللقيط يد مستحقة، ألا ترى أن للقاضي أن ينزع من يده من غير شهادة ويدفعه إلى غيره فمع شهادة القابلة أولى فلم تتضمن شهادة القابلة إبطال يد مستحقة للغير فيقبل مطلقًا.

(المنتقى): رجل أقام البينة إن هذا ابني من فلانة الميتة ولي ميراثها حق وأقام الابن البينة أنه ابن رجل آخر من امرأته والآخر ينكر بحكم بينة مدعي الميراث

ويثبت نسب الولد منه؛ لأنه يدعي حقًّا وهو الميراث. رجلان في يد أحدهما عبد وفي يد الآخر أمة فأقامت الأمة بينة على مولى العبد أنه اشتراها بألف وادعى أنها ابنته وأقام العبد البينة على مولى الأمة أنه اشتراه بالأمة وادعى أنه ابنه فإنه يقضي بالأمة لمولى العبد ويعتق عليه وبالألف عليه لمولى الأمة، وأما العبد إن شهدت بينة العبد بأن مولى الأمة قبضه عتق عليه وعليه قيمته لمولى العبد، وإن لم يشهدوا بقبضه لم يعتق؛ لأنه لما جعل الأمة بيعًا من مولى العبد بألف صار البيع في العبد فاسدًا كأنه اشتراه بعبد قد باعه والمبيع في البيع الفاسد لا يملك إلا بالقبض. رجل مات وترك أمة لها ثلاثة أولاد قد ولدتهن في بطون مختلفة فأقامت الأمة شاهدين أن الميت أقر أن هذا الولد الأكبر ولده من هذه هو ابنه والأوسط والأصغر بمنزلة أمهم؛ لأن الأكبر لما صار ابنًا له بإقراره الثابت بالبينة العادلة صارت الأمة أم ولد ضرورة وحكم ولد أم الولد كحكمها، فإن قال الشهود يشهد أنه أقر بهذا الولد الأكبر أنه ولده قبل أن تلد هذين فهما ابناه أيضًا؛ لأن الأمة صارت فراشا له قبل ولادة الآخرين فُهما يتحدثان على فراشه فصارا ابنًا له.

وقال محمد: إذا جاءت بولد بعد إقرار المولى بالأكبر لستة أشهر فصاعدًا لزمه الولد، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يلزمه؛ لأنه إنما صار له فراشًا منذ أقر فلا يلزمه ما كان من الحمل قبل ذلك.

(باب دعوى إحدى ولدي أمته مبهما)

(المبسوط): أصله: أن الإقرار بنسب مجهول لا يصح؛ لأنه لا يمكن إثبات شخص مجهول لأنه لا يفيد؛ لأنه لا يمكن إثبات الأحكام في المجهول فيكون إقراره بنسب مجهول إقرارًا بحريته لما عرف أنه متى تعذر إثبات النسب بالدعوى يجعل إقرارًا بالحرية صونًا لكلامه عن اللغو؛ لأن الحرية حكم النسب فيجعل كناية عن الحرية والإقرار بعتق مبهم صحيح؛ لأن إعتاق المجهول مفيد؛ لأنه يمكن اعتباره بأن يحكم بعتق واحد مبهم ثم يوزع ذلك العتق عليهم عند تعذر البيان.

أمة في يد رجل ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة فقال المولى في صحته:

أحد هؤلاء ابني تصير الأمة بمنزلة أم ولد له، ولم يثبت نسب واحد منهم، وعتق ثلث كل واحد منهم ويسعى في ثلثي قيمته إذا مات المولى قبل البيان عند أبي حنيفة. وعندهما: يعتق ثلث الأكبر ونصف الأوسط وكل الأصغر. لهما: أنا تيقنا بعتق الأصغر؛ لأنه إن كان هو المراد بالدعوى عتق.

وإن كان المراد بالدعوى أحد الآخرين يعتق أيضًا بعتق أمه؛ لأنه ولد أم ولد فعتق كله والأوسط يعتق في حالين أحدهما: يعتق إن كان المراد هو بالدعوى وبالتالي تعتق الأم إن كان المراد بالدعوى الأكبر ولا يعتق إن كان المراد الأصغر فيعتق في حالين ولا يعتق في حال وأحوال الإصابة حالة واحدة فكأنه يعتق في حال دون حال فينصف، وأما الأكبر يعتق في حال كان هو المراد بالدعوى ولا يعتق في حالين إن كان المراد هو الأوسط أو الأصغر وأحوال الحرمان أحوال فيعتق ثلثه.

لأبي حنيفة: أنه لا يمكن اعتبار عتقه من جهة الأم مع عتقه من جهة نفسه لأن عتقه من جهة الأم يثبت بطريق التبعية للأم؛ وعتقه من جهة نفسه يثبت بطريق الأصالة وبين الأصالة والتبعية مضادة فلا يمكن أن يجعل الشخص الواحد في حكم واحد أصلًا بنفسه وتبعًا لغيره وكان اعتبار الأصالة أولى من اعتبار التبعية لما تعذر الجمع بينهما، ولأن عتقه من جهة نفسه عتق منجز؛ ولأن هذه الدعوى دعوى تحرير فيكون تنجيزًا للعتق، والعتق من جهة الأم عتق مترقب؛ لأن الأم إنما تعتق بموت المولى وبين العتق المنجز والمترقب تضاد وتنافي؛ لأن المنجز يزيل الرق في الحال والمترقب يزيل الرق في المآل وبين كون العتق زائلًا وغير زائل تنافي فيتعذر الجمع بينهما وكان اعتبار ما يوجب عتقًا منجزًا أولى؛ لأن المنجز أقوى من المترقب وباعتبار هذه الجهة نصيب كل واحد منهم ثلث العتق؛ لأنه يعتق كل واحد في حال ويرق في حالين.

ولو كان كل واحد من زوج معروف كان لها فهو على هذا الاختلاف، ولو ولدت ابنًا ثم كبر فولد للابن ابن من أمة المولى من غير تزوج ثم مات الابن الأول ثم قال المولى أحدهما ابني لم يثبت نسب واحد ويعتق ابن الابن بلا سعاية وتسعى

أمه في نصف قيمتها وكذلك جدته أما عتق الولد؛ لأنه لو كان المراد بالدعوى الصغير عتق؛ لأنه ادعى ولد أمته، وإن كان ثابت النسب من أمه، وإن كان المراد هو الأكبر الميت يعتق أيضًا؛ لأنه يكون ابن ابنه وهو ملكه فيعتق على كل حال؛ لأنه أمكن اعتبار عتقه من جهتين؛ لأنه في كل جهة يعتق بنفسه لا تبعًا لغيره فيمكن الجمع بينهما، وأما الجاريتان تعتق كل واحدة في حال ولا تعتق في حال إن كان المراد هو الأسفل عتق أمّ الأسفل، وإن كان المراد الأكبر لا يعتق وأم الأكبر كذلك فتعتق من كل واحدة نصفها.

ولو ولدت أمة بنتًا من غير زوج ثم ولدت بنتين في بطن آخر من غير زوج، ثم ولدت ابنًا آخر من غير زوج، ثم نظر المولى إلى الغلام الأكبر وأحد التوأمين فقال في صحته أحد هذين ولدي ثم مات قبل البيان لم يثبت نسب واحد، ويعتق الأكبر ويسعى في نصف قيمته ويعتق من كل جارية نصفها وتسعى في الباقي ويعتق الابن الأصغر كله وتعتق أمه. أما الأم فلأنها تعتق على كل حال أراد به الأكبر أم أُمّ إحدى البنتين، وأما الأكبر فلأنه إن كان هو المراد بالدعوى يعتق.

وإن كان المراد أحد الأوسطين لا يعتق فيعتق في حال ولا يعتق في حال فيعتق نصفه، وأما الأصغر فلأنه لا يصيبه العتق إلا من جهة أمه؛ لأنه لم يصف الدعوى إليه وأبو حنيفة يعتبر العتق من جهة الأم إذا كان لا يصيبه العتق من جهة نفسه وباعتبار عتق الأم يعتق على كل حال تبعًا للأم؛ لأنه ولد أم ولد، وأما الأوسط فلأنه إن كان المراد هو الأكبر لا يعتقان؛ لأنهما لو عتقا، عتقا تبعًا لأمهما؛ لأنهما توأمان فيعتقان في حال ولا يعتقان في حال فيكون لهما حرية كاملة بينهما فيعتق من كل واحد منهما نصفه وهذا قول أبي حنيفة وعلى قولهما يعتقان جميعًا؛ لأنه إن كان المراد أحدهما يعتقان، فإن كان المراد هو الأكبر يعتقان تبعًا لأمهما لأنها أم ولد.

ولو نظر إلى الأكبر والأصغر فقال أحدهما: ابني عتق من الأكبر نصفه ومن الأصغر نصفه ويعتق نصف الأمتين وتسعيان في نصف قيمتهما عند أبي حنيفة. أما الأكبر فلما عرف، وأما الأصغر فلأنه يستفيد العتق من جهته لا من جهة أمه؛ لأنه حظ له من هو أمه عنده وباعتبار عتق نفسه يعتق في حال إن كان هو المراد ولا

يعتق في حال إن كان المراد هو الأكبر فيعتق نصفه، وأما الأوسطان؛ لأنه إن كان المراد هو الأكبر يعتقان لأنهما ولدا أم الولد فيعتقان بموت السيد، وإن كان المراد هو الأصغر لا يعتقان فيعتقان في حال دون حال فيعتق رقبة واحدة؛ لأن أبا حنيفة يعتبر العتق من جهة الأم إذا لم يستفد العتق من جهة نفسه وهما لا يستفيدان العتق من جهة أنفسهما وعندهما يعتق نصف الأكبر ويسعى في نصفه ويعتق الأصغر كله ويعتق نصف البنتين. أما الأكبر والأوسطان فلما بينا، وأما الأصغر فلأنهما اعتبرا العتق بالجهتين وباعتبار الجهتين هو حر بيقين؛ لأنه إن كان هو المراد يعتق، فإن كان المراد هو الأكبر يعتق تبعًا للأم؛ لأنه ولد أم الولد فيعتق بموت أم السيد.

(باب دعوى المريض)

(المبسوط): أقر المريض أن عبده الذي في ملكه في صحته ابنه، فالنسب ثابت ويرثه ولا يسعى في شيء، وإن كان عليه دين محيط بماله؛ لأن هذا الإقرار يستند إلى وقت الملك؛ لأن في ملك ولده يعتق عليه من وقت الملك وقد ملكه في الصحة فصار معتقًا في صحته فيعتق من جميع المال.

وكذلك ولد جارية ولدته عنده في صحته، وإن ملكه المريض ثم ادعاه أو ملكه بعدما ادعاه ثبت نسبه؛ لأن المرض لا يزيل أملاكه، ولهذا نفذت تصرفاته في ماله فالدعوى صادفت ملكه فصحت ويسعى في قيمته بينه وبين الورثة، فإن لم يكن على الميت دين وورث عندهما، وعند أبي حنيفة في ثلثي قيمته ولا يرث، وأم الولد لا تسعى بالإجماع؛ لأن التملك كان في المرض فصار معتقًا في المرض، والعتق في المرض وصية ولا وصية للوارث فيجب عليه السعاية في جميع قيمته عندهما؛ لأنه عتق كله والمستسعى حر مديون عندهما فيكون وارثًا عند أبي حنيفة يعتق ثلثه؛ لأن عنده العتق يتجزأ ومعتق البعض رقيق بمنزلة المكاتب فلا يرث.

مريض مديون وهب له ابنه المعروف في مرضه يسعى في قيمته للغرماء؛ لأنه معتق المرض؛ لأنه ملكه في حالة المرض فصار معتقًا بالملك؛ لأن تملك القريب إعتاق عندهما فقد احتبس عنده مالية متقومة بالعتق فعليه أن يسعى في جميع قيمته إن كان الدين يحيط بقيمته إذ لا وصية مع الدين.

وإن كان الدين أقل من القيمة يسعى في الدين لأن قدر الدين مشغول بالدين فلا تصح الوصية فيه وثلثي ما بقي من القيمة للورثة عند أبي حنيفة والثلاث؛ لأن المستسعي بمنزلة المكاتب عنده فلا يرث فتصح الوصية بقدر ثلث ماله وعندهما يسعى في جميع قيمته إلا قدر ما بحصته من الميراث فيرث؛ لأنه حر مديون فيكون وارثًا ولا وصية للوارث وقس على هذا الشراء. مريض وهبت له أم ولده لا يسعى في شيء اتفاقًا؛ لأن عتق أم الولد إنما يثبت من الاستيلاد لا بالتملك والاستيلاد كان في حال الصحة فيصير معتقًا من وقت الاستيلاد؛ لأنه لا فعل منه في الحال وهو فعل الاستيلاد فإن اشتراها وقيمتها أقل من الثمن والدين محيط بماله، فإن البائع يرد الفضل على القيمة على الغرماء.

وإن لم يكن عليه دين رد ثلثي الفضل على الورثة؛ لأن بقدر القيمة معاوضته وما محاباة فيها وما زاد على القيمة محاباة والمحاباة وصية فتصح بقدر الثلث ولا يخير البائع وإن لزمه زيادة ثمن؛ لأنه تعذر الرد لأنها صارت أم ولد له ولا يفيد الرد ثمرته.

وذكر في الوصايا: لو ملك ولده في مرض موته ومات وهو يخرج من الثلث عندهما يرث ويسعى في جميع قيمته، وعند أبي حنيفة يرث ولا يسعى في شيء؛ لأنه لو وجبت عليه السعاية يصير حرًّا فيظهر أن الوصية حصلت لغير الوارث فسقطت السعاية؛ لأن الوصية تخرج من الثلث إذا سقطت السعاية يصير حرًّا فيظهر أن الوصية حصلت للوارث فلا يصح فتجب السعاية فلا يزال يدور هكذا وسهم الدائر ساقط، وإنما يقع الدور بإيجاب السعاية فلا يوجب ولا فائدة في إيجاب مبنى يسقط وقد طعن بعض الناس على أبي حنيفة وقالوا: جوزوا الوصية للوارث وخالف الحديث. قلنا: ما خالف الحديث لكن خص هذا الوارث من الحديث بدليل ضروري أوجب التخصيص وتخصيص العام بالدليل جائز.

كتاب الاستحقاق

(باب ما يرجع به المشتري على البائع عند الاستحقاق)

(المنتقى): أصله: أن الرجوع على الغير بأحد أمرين:

إما بعقد فيه عوض؛ لأن سلامة العوضين مستحقة به، فإذا فاتت يستحق الرجوع بالعوضين.

وإما بقبض يقع للدافع كما لو هلكت الوديعة في يد المودع والمستأجر في يد المستأجر ثم استحقت فضمنه المستحق رجع بما ضمن على آجره ومودعه؛ لأنه عامل له فيكون قرار الضمان على المعمول له؛ لأنه هو الذي أوقعه فيه.

لو اشترى دارًا فبنى فيها ثم استحقت يؤمر بهدم البناء ودفع الدار إلى المستحق لقوله عليه السلام: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ[1]»[2]، ويرجع المشتري بالثمن على البائع وقيمة البناء يوم تسليمه إلى البائع فرق بين هذا وبين الشفيع إذا استحق الدار من يده وقد بنى فيها يرجع بالثمن دون قيمة البناء، والفرق أن البائع ضمن للمشتري سلامة البناء وتبقيته إلى الأبد، فإذا لم يسلم صار مغرورًا من جهته فيرجع على الغار

---

(١) قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْمُثَنَّى: سَأَلْتُ أَبَا الْوَلِيدِ الطَّيَالِسِيَّ عَنْ قَوْلِهِ "وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ"، فَقَالَ: الْعِرْقُ الظَّالِمُ: الْغَاصِبُ الَّذِي يَأْخُذُ مَا لَيْسَ لَهُ، فَقُلْتُ: هُوَ الرَّجُلُ الَّذِي يَغْرِسُ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ؟، قَالَ: هُوَ ذَاكَ.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) قال: حدثنا أبو موسى محمد بن المثنى. و«الترمذي» (١٣٧٨) قال: حدثنا محمد بن بشار. و«النسائي»، في «الكبرى» (٥٧٢٩) قال: أخبرنا محمد بن يحيى بن أيوب بن إبراهيم. و«أبو يعلى» (٩٥٧) قال: حدثنا موسى بن حيان البصري. أربعتهم: (ابن المثنى، وابن بشار، وابن يحيى، وموسى) عن عبد الوهاب الثقفي، قال: حدثنا أيوب، عن هشام بن عروة، عن أبيه، فذكره.

بما لحقه من ضرر الغرور في النقصان والخسران كالمشتري إذا ضمن قيمة ولد المغرور لمستحق الجارية رجع على البائع بقيمة الولد فكذا هذا.

فأما الشفيع لم يصر مغرورًا من جهة المشتري؛ لأنه لم يصر ضامنًا سلامة البناء له؛ لأن ضمان السلامة لا يثبت بغير رضاه ولم يوجد منه رضاء؛ لأن الشفيع يملك الدار عليه على كره منه ويسلم البعض للبائع؛ لأن الضمان يفيد الملك في المضمون إن شاء المشتري أخذ بعض بنائه؛ لأن ذلك ملكه ولا يرجع على البائع بما لحقه من زيادة غرم في نفقة البناء؛ لأنه لما رضي بنقض البناء وقد أبرأ البائع عن الزيادة ففي خمس مسائل لا يرجع بقيمة البناء عند الاستحقاق **وأحدهما:** الشفعة وهي ما ذكرنا. **والثانية:** القسمة وهي ما إذا اقتسما دارًا نصفين وبنى كل واحد في نصيبه ثم استحق الدار لم يرجع أحدهما على الآخر بقيمة البناء. **والثالثة:** الجارية المأسورة إذا اشتراها رجل من أهل الحرف ثم جاء المالك القديم وأخذها من يده واستولدها ثم استحقها رجل لم يرجع بقيمة الولد على الذي أخذها من يده. **والرابعة:** الأب إذا وطئ جارية ابنه فعلقت منه ثم استحقها رجل لم يرجع بقيمة الولد على الابن؛ لأنه أخذها منه جبرًا بغير اختياره فلم يصر المأخوذ منه غارًّا ملتزمًا للسلامة.

والخامسة: روى ابن رستم عن محمد رحمه الله: قاضي باع دار اليتيم وهي تساوي ألفًا بمائة فبنى فيها المشتري ثم أدرك الصغير، فإنه يرد البيع ولا يرجع المشتري بقيمة البناء على أحد.

وقال أبو يوسف: إذا أدى الغاصب قيمة الجارية المغصوبة ثم استولدها ثم استحقت كان له أن يرجع بقيمة الولد على المولى؛ لأن المولى أخذ القيمة منه على اختيار فصار الغاصب مغرورًا من جهته فيرجع عليه بما لحقه من ضمان الغرور.

ولو هدمه المشتري فلا شيء على البائع، ولو أفسده المطر فعلى البائع فضل ما بين النقض والبناء، وإن شاء البائع أخذ النقض وأعطاه قيمة البناء مبنيًّا، ولو هدم المشتري بعضه وبقي بعضه فله أن يأخذ البائع بقيمة ما بقي وسلمه له فيهدمه البائع والنقض له، وإن شاء المشتري نقض كله ونقضه له ولا يسلم البناء إلى البائع.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أستحسن أن يبعث القاضي من يقومه ثم يقول للمشتري انقضه واحتفظ بالنقض، فإذا ظفرت ببائعك سلمته له وقضيت على البائع بقيمة البناء.

ولو هدم المشتري بناء الدار المشتراة وبناها بناء جديدًا من عنده ثم استحقت الدار أخذ المستحق الدار وقيمة البناء القديم من المشتري ورفع البناء الجديد ورجع المشتري بحصة الأرض من الثمن بقيمة البناء الجديد، ولا يرجع بقيمة البناء القديم؛ لأنه هو الذي هدمه.

وذكر الناطفي في أجناسه: لو اشترى أرضًا فغرس فيها نخلًا ثم استحقت الأرض أمر المشتري بقلع النخل ولكن في قلعه ضرر بالأرض فالمستحق بالخيار إن شاء أعطاه قيمة النخل مقلوعًا وكان له ذلك، وإن شاء يغرمه ما نقص القلع من أرضه ويرجع المشتري على بائعه بالثمن ولا يرجع بقيمة النخل ولا بنقصان الأرض، فإن أثمرت النخل ثم استحقت الأرض.

قال أبو يوسف: للمشتري أن يرجع بقيمة النخل ثابتًا في الأرض ويسلم ذلك للبائع ولا يرجع عليه بقيمة الثمن ويجبر المشتري على قطع التمر بلغ أو لم يبلغ ويجبر البائع على قلع النخل، وإن كان في الأرض زرع والزرع قد أضر بالأرض فللمستحق أن يضمنه نقصان الأرض ولا يرجع على بائعه إلا بالثمن، وإن كان المشتري قد كرى نهرًا لأرض أو حفر فيها ساقية أو قنطر على النهر ثم استحقت فله أن يرجع بقيمة القنطرة ولا يرجع بما أنفق في كراء النهر وساقيته ولا في مسناة جعلها بالتراب، وإن بناها بآجر أو لبن أو قصب أو رهص له قيمة يرجع بقيمة ذلك عليه؛ لأنه ثابت في البناء وأخذ البائع يقلعه. رجل أخذ ثوب آخر بغير أمره فصبغه ثم باعه من رجل فوجده صاحبه في يده فأقام البينة أنه ثوبه، فإنه يقضي له به ولا يؤمر بدفع ما زاد الصبغ فيه إلى مشتريه؛ لأن الثوب لما استحق من يده فقد انتقض الشراء وصار يرجع بجميع الثمن ولا يجوز شراؤه الصبغ الذي للبائع فيه حتى يحضر بائعه فيعطيه ما زاد الصبغ فيه وهو في أيديهما بمنزلة ثوب رجل وقع في عصفر آخر وهو في أيديهما حتى يحكم فيه.

(باب ما يمنع الرجوع عند الاستحقاق وما لا يمنع)

(المبسوط): اشترى عبدًا يقر بالعبودية، فإذا هو حر فلا شيء على العبد، وإن كان البائع غائب لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ثم يرجع هو على البائع.

ورُوي عن أبي يوسف أنه لا يرجع على العبد بحال؛ لأن الضمان إنما يجب بالمبايعة أو بالكفالة ولم يوجد كلاهما من العبد. وجه ظاهر الرواية أنه شرع في العقد بناء على أمره معتمدًا على كلامه فصار مغرورًا من جهته فصار العبد ضامنًا لسلامة الثمن متى تعذر استيفاؤه من البائع نفيًا لضرورة الغرور عنه نظرًا له بخلاف ما لو ارتهن عبدًا مقرًا بالعبودية فوجده حرًا لم يرجع عليه بحال؛ لأن الرهن ليس بمعاوضة ولا يستحق به السلامة فلا يصير الأمر به ضامنًا للسلامة والبيع بخلافه.

اشترى عبدًا بثوب وتقايضا ثم استحق العبد وقد هلك الثوب في يده لزمه قيمته؛ لأنه وجب عليه رده؛ لأنه انفسخ البيع في العبد فيلزمه رد بدله وقد عجز عنه فلزمه رد قيمته.

ولو كان الثمن جارية فولدت من السيد أو أعتقها ثم استحق العبد يلزم المشتري قيمة الجارية؛ لأن العقد قد فسد في الجارية باستحقاق العبد فلزمه رد الجارية وقد عجز عنه فغرم قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئًا؛ لأنه علق حرًا ولو وجد العبد حرًا كان عتقها باطلًا وولدها رقيقًا؛ لأنه عقد باطل فاسد؛ لأن بدلهما ليس بمال فلم يملك الجارية.

(المنتقى): اشترى دارًا وهو يعلم أنها لغير البائع وقال البائع: أمرني صاحبها ببيعها فاشتراها منه ثم بناها واستحقت يرجع على البائع بقيمة البناء، وإن قال البائع: لم يأمرني صاحبها ببيعها ولكن أرجو أن يرضى به ثم لم يرض صاحبها لا يرجع على البائع بقيمة البناء؛ لأنه لم يغره.

وإن أجاز صاحبها بعدما بناها المشتري ثم استحقت من وجه آخر لم يرجع المشتري بقيمة البناء على أحد، وإن أجاز صاحبها قبل البناء ثم بناها المشتري ثم استحقت من وجه آخر رجع على البائع بقيمة البناء؛ لأن في الأول حين بناها لم

يكن بناها مغرورًا؛ لأنه علم أنه بنى في ملك الغير وفي الثاني حين بناها كان مغرورًا؛ لأنه بناها معتمدا على أنها صارت ملكًا له بالإجارة، وإن كان المشتري بنى سفلها قبل الإجارة وبنى العلو بعد الإجارة ثم استحقت يرجع بقيمة العلو ولا يرجع بقيمة السفل؛ لأن السفل حين بناه لم يكن مغرورًا فلما بنى العلو كان بناءه على غير أصل ثابت لأنه كان يوجد يقلعه، كما لو بنى في دار إنسان بغير إذنه ثم اشترى الدار ثم جدد على ذلك البناء بناء آخر ثم استحقت لم يرجع عليه بقيمة العلو ولا السفل.

اشترى دارًا وضمن إنسان الدرك ثم استحقت بعد البناء لا يرجع بقيمة البناء على ضامن الدرك؛ لأنه ضمن درك رقبة الأرض لا سلامة البناء، فإن ضمن الدرك وقيمة ما بنى فيها رجع بقيمة البناء على أيهما شاء البائع أو الضامن؛ لأن كل واحد التزم سلامة البناء.

بشر عن أبي يوسف في رجل اشترى دارًا وقبض ثم خاصمه رجل في حائط بيته وبين آخر ولم يكن الحائط شرطًا في البيع وأقام عليه البينة، فإن كان للمشتري عليه جذوع فله أن يرجع بالثمن على البائع، وإن شاء أمسكها ويرجع بحصة الحائط؛ لأن اليد في الحائط للبائع ولا يد للجار فدخل في العقد وإن لم يسم فيه، وإن كان للمستحق عليها جذوع لا يرجع بشيء؛ لأن اليد في الحائط للجار لا للبائع ظاهرًا ولم يسم في العقد فلا يدخل.

وإن كان لهما جميعًا يرجع بالنصف، وإن شاء رد الدار؛ لأن الحائط في يدهما واليد دليل الملك، فإذا استحق الجار استحق نصف ما دخل تحت العقد، وإن شاء رد الدار؛ لأن الدار صارت معيبة وإن لم يكن لأحدهما عليه جذوع وهو متصل ببناء المشتري فله أن يرد، وإن شاء رجع بحصته؛ لأنه متى ورد الاستحقاق عليه يعيب ملكه، وإن كان متصلًا بالبنائين، فإنه يرجع بالنصف أو يرد وإن لم يكن متصلًا ببناء أحدهما ولا جذوع لأحدهما عليه لا يرده؛ لأنه لم يدخل في البيع وجعله بينهما نصفين؛ لأنه في أيديهما إلا أن يكون سمى الحائط في الشراء فيرجع بحصته أو يرد الدار؛ لأنه دخل في العقد، وإن كان للمشتري عليه سترة فلما

استحقه الآخر أمره بهدمها والسترة قديمة قبل شرائه كان له أن يردّ الدار أو يرجع بنقصان هذه السترة، وإن كان له عليه هراوي فاستحق لم يرجع بشيء ولم يردّ الدار.

وإن كان له مسيل ماء في دار أو طريق واستحق رد الدار إن شاء أو أمسكها فيرجع بنقصان ذلك.

وإذا كان الحائط بين دار المشتري وبين دار جاره وليس لأحدهما عليه جذوع ولا حمولة فاختصما فيه جعلته بينهما نصفين، فإن أقام جاره بينة واستحقه لم يرجع المشتري بشيء من الثمن؛ لأنه لم يدخل في البيع.

اشترى ثوبًا بمائة درهم فأعطاه خمسين درهمًا وخمسة دنانير بخمسين درهمًا ثم استحق نصف الثوب، فإن قال هذه الخمسة بخمسين درهمًا وهذه خمسين تمام حقك يرجع بخمسين درهمًا ولا يرجع بشيء من الدنانير؛ لأن ثمن النصف المستحق هو الدراهم، وإن قال: هذه الخمسين مما لك عليّ وهذه الخمسة بالخمسين الباقية، فإنه يرجع بالدنانير؛ لأن ثمن المستحق هو الدنانير، وإن قال: هذه الخمسة وهذه الخمسين قضاء عن ثمن الثوب يرجع من الدنانير بدينارين ونصف من الدراهم بخمسة وعشرين؛ لأنه جعل ثمن المستحق نصفين نصفه من الدنانير ونصفه من الدراهم.

رجل له كرّان من حنطة فباع أحدهما رجلًا فاستحق من يده يأخذ المشتري الكر الثاني ولا ينقض البيع؛ لأن البيع انصرف إلى كر هو ملكه.

ولو باع الكر الباقي ثم استحق الأول بطل البيع؛ لأنه عجز عن تسليم المبيع.

رجل له ثلاثة أقفزة طعام فباع قفيزًا منه من رجل ثم باع قفيزًا من آخر ثم باع قفيزًا من ثالث وسلم الكل ثم استحق القفيز الأول، فإنه يأخذ القفيز الثالث؛ لأنه باع الأول والثاني وهو يملكهما؛ لأن البيع ينصرف إلى ملكه وباع الثالث وهو لا يملكه.

(الجامع): أصله أن الاستحقاق تملك الأصل مطلق للمشتري حق الرجوع بالثمن؛ لأنه شراء والبائع باع ملك غيره والاستحقاق تملك حادث بعد البيع لا

يثبت له حق الرجوع؛ لأنه لا يتبين أن البائع باع ملك غيره فوقع الاستحقاق على المشتري. اشترى ثوبًا فخاطه قميصًا ثم استحقه رجل لم يرجع على البائع بالثمن؛ لأن استحقاق القميص لا يكون إلا بملك حادث تلقاه من المشتري؛ لأن القطع والخياطة يمانع المستحق من الأخذ بملك له قبل الخياطة فجعل استحقاقًا على المشتري، وكذلك المشتري إذا طحن الحنطة أو سوى اللحم، ولو ذبح الشاة أو قطع الثوب ولم يخطه ثم استحقت رجع بالثمن؛ لأن هذا مما يقطع حق المالك عنه في الأصل، ألا ترى لو استحق من يد الغاصب ليس للمالك أن يضمنه وكان هذا استحقاقا بملك الأصل لا بملك حادث، فإن استحق واحد رأسها والآخر جلدها وآخر لحمها أو في الثوب استحق واحدٌ الكُمَّين والآخر البدن ثم يرجع؛ لأن الاستحقاق على هذا الوجه لا يتصور إلا بعد الذبح والقطع فيكون استحقاقًا على المشتري في كل موضع يرجع المشتري على البائع لو كان مكان المشتري غاصبًا فاستحق منه لا يجب عليه ضمان العين للمغصوب منه وفي كل موضع لا يرجع يجب على الغاصب ضمان الغير للمغصوب منه.

(**الزيادات**): أصله: أن الإقرار حجة في حق المقر دون غيره؛ لأنه حجة قاصرة والبينة حجة مطلقة كاملة في حق الناس كافة. اشترى أمة وتقايضا فادعاها رجل فأقر له فقضى له لا يرجع المشتري على بائعه بالثمن؛ لأن إقراره حجة في حقه دون غيره؛ لأنه متهم في حق غيره، فإن أقام المشتري البينة أنها للمستحق لم تقبل؛ لأنه ثبت الملك للمستحق بإقراره، وإثبات الثابت لا يتصور فلم يكن غرضه من إقامة البينة سوى الرجوع بالثمن والبينة لم توضع لذلك؛ ولأنه مناقض فيه؛ لأن إقدامه على الشراء اعتراف منه بصحة العقد دلالة والمناقض لا قول له إلا أن يقيم البينة على إقرار البائع أنها للمستحق أو يستحلف البائع فينكل يقبل ويرجع بالثمن؛ لأنه يثبت بهذه البينة ما هو غير ثابت وهو تصديق الخصم والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وفي تحليف البائع غير متناقض من كل وجه؛ لأن بقوله إنها ملك المستحق لا ينكر حكم ذلك العقد الذي باشره؛ لأن العقد على المستحق وبدله مملوك، وفي حق البينة متناقض؛ لأنه يريد إبطال الملك الذي تم به، فإن ادعت الجارية أنها حرة

الأصل وصدقها المشتري أو استحلف فنكل فقضى لها ثم أقام المشتري البينة على حريتها تقبل ويرجع بالثمن، لأنها تثبت ما ليس بثابت وهو غصب البائع الثمن؛ لأن الحرة لا تدخل في العقد وبدلها لا يملك فيظهر أن البائع قبض ماله بغير حق، وكذلك لو أقر المستحق أنها أمته أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شراء المشتري وصدقه المشتري ثم أقام بينة تقبل؛ لأنها كانت حرة وقت الشراء فلم تكن داخلة في العقد فهو يريد إبطال ملك تم به فصار متناقضًا.

(باب رجوع الباعة بعض على بعض)

(المبسوط): اشترى دارًا فباعها من آخر فبنى الآخر ثم استحقت رجع المشتري على بائعه بالثمن وقيمة البناء ولم يرجع البائع الثاني على الأول بقيمة البناء عند أبي حنيفة؛ لأن الآخر صار مغرورًا من جهة الثاني والثاني لم يصر مغرورًا من جهة الأول؛ لأنه لم يبن فيها شيئًا وعندهما يرجع؛ لأن الثاني إنما صار ملتزمًا بسلامة البناء للآخر معتمدًا على قول الأول مبنيًا على بيعه فصار مغرورًا من جهته أيضًا، وكذا لو باع عبدًا من إنسان ثم باعه من آخر فمات العبد عنده ثم اطلع على عيب رجع على بائعه بالنقصان، ولا يرجع بائعه على الأول عند أبي حنيفة؛ لأن البيع الثاني لم ينفسخ حتى يعود حق الرد فيثبت حق الرجوع بالنقصان خلفًا عنه، وعندهما يرجع الثاني على الأول؛ لأن البيع قد انتقض في العبد بعينه لما عرف في البيوع وعلى الخلاف الرجوع بقيمة الأولاد في الجارية المستحقة.

(المنتقى): ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل اشترى عبدًا فوهبه من آخر ثم وهبه الموهوب له من آخر ثم استحق العبد فللمشتري أن يرجع على بائعه وهذا لا يشبه البيع، فإن في البيع ليس له أن يرجع على بائعه حتى يرجع عليه الذي اشتراه منه.

ولو وهب المشتري الأول من رجل ثم باعه الموهوب له من آخر فاستحق من يد المشتري الثاني فالمشتري الأول لا يرجع على بائعه حتى يرجع المشتري الثاني على الموهوب له البائع، والفرق أن في الهبة والاستحقاق الوارد على يد الموهوب كالاستحقاق الوارد على المشتري؛ لأن الموهوب لا يكون له حق الرجوع على

الواهب؛ لأن حق الرجوع إنما يثبت بالعوض ولا عوض في الهبة فكانت يد الموهوب له كيد الواهب قائمَة مقام يده فصار كأنه استحق من يد الواهب بخلاف البيع؛ لأن يد المشتري يد أصالة بنفسه لا خلفًا عن يد البائع؛ لأن الاستحقاق ورد على ملك حاصل بعوض، ولهذا ثبت له حق الرجوع على بائعه والاستحقاق وارد عليه فلم يصر كأنه استحق من يد المشتري الأول فيوقف رجوع الأول على بائعه على رجوع الثاني عليه. رجل اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن للبائع فاستحقها إنسان ببينة فقال البائع: لي البينة على أن المستحق باعَنِيها أو أقر بها لي قال يخير القاضي المشتري، فإن شاء ولي الخصومة، وإن شاء ردها بالثمن على البائع ولم يكن له أن يقف حتى يلي البائع الخصومة؛ لأن الاستحقاق قد ثبت بالبينة فيثبت له حق الرجوع فلا يوقف لدفع موهوم. اشترى دارًا فبنى فيها فباعها البائع من آخر ونقض الثاني بناء الأول وبناها جديدًا ثم أتم استحقها الأول، فإن بنى المشتري الثاني من ملكه يضمن حصة البناء القديم والنقص للمشتري الأول إن كان قائمًا، ويضمن الثاني قيمته إن استهلكه وللمشتري الثاني رفع البناء الثاني؛ لأنه ملكه وإن بنى ينقض البناء الأول يضمن حصة البناء الأول والبناء الثاني للمشتري الأول لأنه غير ملكه.

وإن زاد المشتري الثاني في ذلك أعطاه قيمة الزيادة ولا يعطيه أجر العمال؛ لأن الزيادة مال متقوم والعمل لا يتقوم إلا بالعقد ولا عقد معه.

قال أبو يوسف: رجل اشترى دارًا وبناها فادعاها رجل فصدقه المشتري وكذبه البائع ثم المشتري اشتراها من هذا المدعي وأحدث فيها بناء آخر ثم استحقها رجل يرجع المشتري على الأول بالثمن الأول وبقيمة البناء الأول ويرجع على الثاني بالثمن الثاني وبقيمة البناء الثاني، فإن كان المقر له قد قبضها وهدم البناء الأول ثم اشتراها منه المشتري وبنى فيها ثم استحقت لا يرجع على الأول بقيمة البناء.

(الزيادات): أصله: أن استحقاق المبيع لا يمنع استحقاق البيع ووقوع الملك في بدله لما عرف. اشترى جارية وضمن له آخر الدرك فباعها من آخر وذلك من آخر وتقابضوا ثم استحقت ليس لواحد أن يرجع على بائعه حتى يقضى عليه بالثمن؛

لأن العقد على المستحق منعقد موقوف على إجازته وبدله مملوك للقابض بالقبض، فلو رجع بالثمن قبل القضاء على بائعه بالثمن لاجتمع في ملكه بدلان على مبدل واحد فهذا محال، وكذلك الأول لا يرجع على الكفيل حتى يقضى عليه، فإن أقام واحد من الباعة البينة أنها جارية البائع الأول بعدما قضى للمستحق لا يقبل؛ لأنها لو قتلت فله أن يلزمها مشتريه ثم هو مشتريه إلى أن تعود الجارية إلى المشتري الآخر فيأخذه المستحق منه ثانيًا؛ لأنه صار مقضيًا عليه فلا يقبل في الابتداء قصرًا للمسافة فلم تقبل البينة لها؛ لأنه صارت الباعة مقضيًا عليهم.

ولو أقامت الجارية بينة إنها حرة الأصل أو أنها كانت مملوكة فلان أعتقها أو دبرها أو استولدها يرجع كل واحد بالثمن قبل القضاء عليه؛ لأن البيع لا ينعقد على الحرة وبدلها لا يملك، فلو رجع قبل القضاء عليه لا يجتمع البدلان في ملكه.

(باب من ينتصب خصماً عند الاستحقاق)

(المنتقى): قال أبو يوسف: رجل في يده دار باع نصفها سابقًا من رجل وباع النصف الآخر من رجل آخر وقبضاها جميعًا، ثم استحق رجل نصفها فهما خصم له يأخذ المستحق من كل واحد منهما نصف ما في يده؛ لأن كل واحد منهما انتصب خصمًا بقيام يده عليها.

ولو باع نصفها وحده سابقًا من رجل وقبض المشتري فهو خصم للمشتري والبائع جميعًا ويأخذ من كل واحد نصف ما في يده، فإن سلم البائع له النصف الذي في يده جاز ذلك ولا خصومة بينه وبين المشتري، وإن لم يقبض المشتري فالخصم فيه هو البائع دون المشتري ويقضى للمدعي على البائع بنصف الدار ويقال للبائع سلم للمشتري نصف الدار ثانيًا.

قال أبو يوسف: رجل باع نصف دار ونصف عبد له من رجل فلم يقبض المشتري حتى باع النصف الآخر من رجل فلم يقبض ثم استحق رجل نصفه سائغًا فإنه يقضي له بنصفه وسلم للمشتري الأول نصفه ويبطل البيع الثاني لأن البيع إلى نصف هو ملكه والبيع الثاني صادف ملك الغير فيبطل إذا لم تتصل به الإجارة.

ولو غاب الثاني وحضر المشتري الأول وقبضها، فإنه يقضي للمستحق نصف ما اشترى الأول وهو الربع ولا يقضي في نصف الغائب بشيء؛ لأنه حينئذ يكون قضاء على الغائب، وإن أراد المستحق أن يضمن البائع ربع العبد فله ذلك؛ لأنه باع نصفه من الثاني، وإن اختار الأول رد الربع على البائع فله ذلك، وإن أراد إمساكه ثم حضر الثاني فخاصمه المستحق وقضى له بنصف ما في يده أيضًا واختار رد ما بقي في يده فردَّه لم يكن للمشتري الأول أن يأخذه؛ لأن البائع الأول كان وقع على النصف الذي اشتراه الأول فليس له أن يأخذ غيره. رجل اشترى من رجل عبدًا وقبضه ونقد الثمن ثم استحقه رجل في يد المشتري ثم أقام البائع البينة على المستحق إن كان قد باعه إياه فقضى له به.

قال أبو حنيفة رحمه الله: لا سبيل للمشتري على أخذ العبد؛ لأن شراءه قد انفسخ وبطل الاستحقاق فلا يعود.

ورُوي عن أبي يوسف أنه قال له أن يأخذه ما لم يكن قبَضَ الثمن أو قضي له به.

(**الجامع**): أصله: أن ذا اليد انتصب خصمًا بيد الملك صحيحًا كان أو فاسدًا وسد الأمانة. رجل اشترى إبريق فضة بدينارين ونقد دينارًا وقبض الإبريق وتفرقا فأقام آخر بينة أن نصف الإبريق له، يسمع بينته لأنها قامت على خصم؛ لأن الملك ثابت لذو اليد نصفه في نصفه صحيح وفي نصفه فاسد لعدم القبض فينتصب خصمًا في الكل ويرد المشتري ربع الإبريق على البائع ويسترد نصف دينار؛ لأنه استحق نصفه شائعًا من الإبريق فيكون له النصف من النصفين فيسترد المشتري ثمن ربع ما صح البيع فيه ويرد ربع ما فسد فيه البيع ولا خيار له في الربع الباقي؛ لأنه لما لم ينفذ أحد الدينارين فقد رضي بالشركة لعلمه أن للبائع أن يأخذ نصف الإبريق ويصير شريكًا فيه.

وكذلك الجواب إذا اشترى عبد صفقة نصفه صحيحًا ونصفه فاسدًا بأن اشترى نصفه بمائة حالَّة ونصفه بمائة إلى العطاء قيل هذا قولهما لا قول أبي حنيفة؛ لأن عنده الصفقة متى فسد بعضها فسد كلها وقيل هذا قولهم؛ لأن هذه الصفقة فسد

بعضها بفساد طارئ؛ لأن المفسد جهالة الأجل وهي لا تتحقق ما لم يجئ وقت العطاء ولا يفسد كلها كما في مسألة الإبريق، ولو باع النصف وأودعه النصف وغاب فادعى رجل النصف لم يكن المشتري خصمًا؛ لأن البيع انصرف إلى النصف الذي هو مملوك للبائع فيبقى الاستحقاق واردًا على النصف الذي لم يبع وهو مودع في ذلك النصف والمودع لا ينتصب خصمًا عن المودع فيما يستحق عليه لما فيه من تفويت الحفظ عليه.

ولو باعه رجل النصف وأودعه آخر النصف ثم استحق النصف فقضى له بربع العبد وهو نصف المشتري؛ لأن الاستحقاق ورد على النصفين سابقًا؛ لأنه ادعى نصف ما في يد الرجلين والمشتري ينتصب خصمًا فيما اشترى فيستحق منه نصفه، ولا ينتصب خصمًا فيما كان وديعة فلا يستحق منه شيء ويرجع المشتري على البائع بنصف الثمن؛ لأنه استحق منه نصف المبيع.

ولو اشترى النصف شراء صحيحًا والنصف الآخر فاسدًا واستحق نصفه انصرف الاستحقاق إلى النصف الآخر؛ لأن المستحق مقر بأن نصف العبد مملوك للبائع فبيعه أولًا ينصرف إلى نصفه فيقضي بالنصف الآخر للمستحق وكذلك في البيعين الصحيحين ينصرف الاستحقاق إلى الأجير.

ولو باع النصف صحيحًا وباع الباقي بميتة أو دم أو حر فلا خصومة حتى يحضر البائع؛ لأن الثاني ليس ببيع فيبقى في يده وديعة.

(باب من وقع عليه القضاء بالاستحقاق ومن لا يقع ومن يرجع بالثمن ومن لا يرجع)

(**الزيادات**): أصله أن القاضي إنما يقضي بالحجة، والحجة نوعان: بينة وتصادق فالقضاء بالبينة في الملك قضاء على ذي اليد وعلى من تلقى الملك من جهته لا على غيرهما؛ لأن البينة حجة محتملة، وإنما صارت حجة لضرورة الخصومة والمشاجرة فظهر كونها حجة في حق من توجهت عليه الخصومة والخصومة توجهت عليهما لا على غيرهما والقضاء بالبينة في حق الحرية وما يجري مجراها

قضاء على الناس كافة؛ لأنها من حقوق الله تعالى والناس كلهم سواء خصمًا في حقوق الله تعالى فينتصب الواحد خصمًا عن الكل، فأما التصادق ينظر إن كان المتصادقان يملكان إنشاء ما تصادقا عليه كان تصادقهما حجة في حق الكل لانتفاء التهمة عن كلاهما.

وإن كانا لا يملكان الإنشاء كان تصادقهما حجة في حقهما لا في حق غيرهما لمكان التهمة في حق غيرهما ولا تبقى التهمة في حقهما. ثم المسائل على فصلين أحدهما في الاستحقاق بالبينة والثاني في الاستحقاق في التصادق والتوافق.

(فصل)

أمة في يد عبد الله قال إبراهيم لمحمد: بعتك هذه الأمة بألف وقبضها فاستحقها رجل من عبد الله بينته على النتاج أو مطلقًا لم يرجع محمد على إبراهيم بشيء؛ لأن القضاء اقتصر على عبد الله فلم يصر محمدًا مقضيًا عليه؛ لأن عبد الله لم يدع تلقي الملك من جهته فلم يثبت الاستحقاق في حقهما، فإن أقام محمد بينة على المستحق أنها أمته اشتراها من إبراهيم وهو يملكها وقبضها قضي له بها؛ لأن القضاء اقتصر على عبد الله فلم يصر محمد مقضيًا عليه، فإن أعاد المستحق بينة النتاج على محمد قضي بها له على محمد ورجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأنه الآن صار مستحقًا ومقضيًا عليه وهذه البينة قامت على من هو خصم عنهما فالقضاء بها على المشتري يكون قضاء على البائع ولو أقامت الجارية البينة على عبد الله أنها حرة الأصل أو أمة أعتقها أو دبرها أو استولدها وهو يملكها فقضى به رجع محمد على إبراهيم بالثمن؛ لأن القضاء بهذه الأمور قضاء على كافة الناس فصار محمد وإبراهيم مقضيًا عليهما، وإن أقامت بينة أنه كاتبها لم يرجع محمد حتى تؤدي المكاتبة فتعتق فيرجع؛ لأن الكتابة حالا ليست بسبب للعتق فلا تكون في معنى العتق فيكون القضاء بها بمنزلة القضاء بالملك المطلق، ولو أقامت الأمة بينة أن عبد الله ملكها منذ سنة أو أقل وأنه أعتقها أو دبرها أو استولدها رجع محمد عليه بالثمن؛ لأن القضاء بالعتق منذ سنة يبقى ملكًا بعد فصار إبراهيم مقضيًا عليه فلم يظهر أنها كانت حرة وقت البيع فلم يصر البائع مقضيًا عليه.

(فصل)

أمة في يد عبد الله قال إبراهيم لمحمد: بعتك هذه الأمة وقبضتها فصدقه يجب الثمن لتصادقهما على البيع المؤكد بالقبض وتصادقهما حجة في حقه.

ولو أقر عبد الله أنه ملكها بملك محمد فصدقه محمد فهذا على ثلاثة أوجه: **أحدهما**: إن تصادقا قبل الاستحقاق رجع عبد الله على محمد ومحمد على إبراهيم بالثمن؛ لأنهما يملكان الإنشاء وقت التصادق؛ لأن الأمة في يد عبد الله وهو مقر بالملك لمحمد فكان تصادقهما حجة في حقهما وفي حق غيرهما كما لو ثبت ذلك بالمعاينة وإن تصادقا بعد الاستحقاق رجع عبد الله بالثمن على محمد ولم يرجع محمد على إبراهيم؛ لأنهما لا يملكان إنشاء البيع بعد الاستحقاق فنفذ تصادقهما في حقهما لا في حق غيرهما، وإن أقر عبد الله بذلك قبل الاستحقاق وصدقه محمد بعد الاستحقاق وهو كما لو تصادقا بعد الاستحقاق؛ لأن تمام الإقرار ونفوذه يكون بالتصديق كما أن تمام العقد يكون بالقبول فكما أن العبرة في حق العقد بحالة القبول فكذا هذا العبرة بحالة التصديق وهذا لأن محمدًا في التصديق بعد الاستحقاق منهم؛ لأنه قصد به إثبات حق الرجوع على إبراهيم فلم يصح التصديق فصار كأنه لم يوجد، فإن رجع عبد الله على محمد بالثمن ثم أقام محمد البينة أنها وصلت إلى عبد الله من قبله أو على أنه صدقه عند الاستحقاق قبلت بينته ورجع على إبراهيم بالثمن؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة.

(باب إقامة البائع أو المشتري البينة على بيع المستحق من البائع قبل نقض القاضي البيع أو بعده)

(الزيادات): أصله: أن المقضي عليه بالملك إذا أقام البينة على الملك في المقضي به لا يقبل؛ لأن القاضي قضى بالبينة الأولى بالاجتهاد والاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله إلا إذا ادعى تلقي الملك من جهة المقضي له تقبل بينته؛ لأن فيه تقرير الملك وتوكيده للمقضي له وفي تقريره تقرير القضاء لا ينقضه.

ولو استحق المبيع قبل القبض فادعى البائع أو المشتري أن البائع اشتراه من المستحق وقبضه تقبل بينته؛ لأنه يوجب تقرير القضاء الأول، فإن لم يجدا بينة فينقض القاضي البيع بينهما ويرد الثمن على المشتري ثم وجد البائع بينة لا ينقض بعضه؛ لأنه يوجب نقض القضاء؛ لأن الفسخ قبل القبض يعد ظاهرًا أو باطنًا لتقرر سببه وهو عجز البائع عن التسليم وبإقامة البينة لا يتبين أن العجز لم يكن كما لو فسخ القاضي العقد بالإباق أو بالغصب ثم زال.

ولو كان الاستحقاق بعد قبض المبيع نقض البعض ويلزم الجارية المشتري الأخير وهذا قولهما وعند أبي حنيفة لا ينقض لما عرف أن قضاء القاضي بالفسخ ينفذ ظاهرًا أو باطنًا عنده خلافًا لهما، فإن كان البائع والمشتري نقضا من غير قضاء بأن طلب المشتري منه الثمن فأعطاه لا يرتفع نقضهما؛ لأنه انفسخ برضاهما فانفسخ مطلقًا.

ولو نقض المشتري بغير رضاء البائع لا ينقض إلا بالقضاء في ظاهر الرواية؛ لأن البيع انعقد موقوفًا على إجازة المستحق؛ لأن ظهور الملك للمستحق بالقضاء لا يكون أقوى من كونه ظاهرًا له ضد البيع وذلك لا يمنع انعقاد العقد موقوفًا ولأن لا يمنع بقاءه أولى فيكون للمستحق أن يثبت الملك لنفسه بإجازة العقد.

ورُوي عن أبي حنيفة أنه يبطل البيع بالاستحقاق؛ لأن المستحق لما طلب من القاضي أن يقضي له بملك متقرر فقد اختار تبعية الملك لنفسه وذلك لا يكون إلا بعد فسخ البيع. اشترى عبدًا وباعه من آخر فاستحق من يد الآخر فأقام المشتري الآخر بينة أن البائع اشتراه من المستحق وقبضه تقبل؛ لأنه انتصب خصمًا في إثبات الملك لبائعه ليتوصل إلى إثبات الملك لنفسه وليس في بينته نقض القضاء بالملك للمستحق بل فيه تقريره وتوكيده، فإن القضاء بالملك المطلق يكون قضاء بالملك من الأصل، فإن لم يجد بينة ورجع على بائعه بالثمن ثم أقام الذي باعه بينة أن بائعه اشتراه من المستحق، ولم يسترجع العبد ردّه على المشتري وهذا قولهما لا قول أبي حنيفة؛ لأنه ينبني أن سبب القضاء لم يكن ثابتًا باطنًا وهو قيام حق المستحق فلم ينفذ القضاء باطنًا عندهما.

وعند أبي حنيفة ينفذ.

ولو أقام البائع الأول البينة ردّه على مشتريه عندهما وليس للثاني أن يردّه على مشتريه؛ لأن الفسخ بين البائع الثاني مشتريه نفذ ظاهرًا وباطنًا؛ لأنه حصل بتراضيهما والفسخ بين البائع الأول ومشتريه نفذ ظاهرًا لا باطنًا؛ لأن سببه لم يكن ثابتًا باطنًا، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يرده البائع الأول أيضًا.

ولو استحق المبيع بعد التقابض فأقام المشتري بينة أن المستحق أمر البائع بالبيع يقبل؛ لأن فيه تقرير القضاء بالملك للمستحق.

ولو أقام البائع بينة على ذلك، فإن كان الثمن قائمًا في يده أو استهلكه لا تقبل لأنها غير مقيدة ولا يتبين أن المستحق كان موكلًا وقد فسخ العقد مع المشتري؛ لأنه بالاستحقاق صار راضيًا بالفسخ، والمشتري بالرجوع على بائعه صار راضيًا بالفسخ وفسخ الموكل مع المشتري يصح تراضيهما، وإن لم يرض به الوكيل فيجب على البائع رد الثمن أو ضمانه فلا فائدة له في إقامة هذه البينة، وإن كان الثمن ضاع في يده فغرمه للمشتري فحينئذ تقبل بينته ويأخذ العبد فيلزمه المشتري ويرجع عليه بما غرم؛ لأنها مقيدة؛ لأنه يتبين بهذه البينة أن الثمن كان أمانة في يده وقد هلك بغير صنعه فلا ضمان عليه وعلى قول أبي حنيفة بعد الفسخ فيرجع بما ضمن على المستحق، فإنه أمين لحقه ضمان في الأمانة فيرجع على من ائتمنه كالمودع، فإن قبل كان ينبغي أن يكون العبد للمستحق؛ لأنه مع المشتري تراضيا بالفسخ وتم الفسخ بينهما. قلنا: إنما تراضيا بالفسخ بشرط أن يسلم المقبوض من الثمن للمشتري ولا يلحق المستحق غرم، فإذا انعدم الأمران جميعًا انعدم تراضيهما.

ولو كان المشتري باع من آخر فاستحق من يد الآخر يرجع بالثمن بقضاء قبلت بينة المشتري الأول على أمر المستحق بائعه؛ لأن هذه البينة تقرر القضاء الأول وأخذ العبد وألزمه المشتري الثاني عندهما. وإن لم يقمها ورجع بالثمن على البائع الأول فحكم البائع الأول ما قدمنا.

باع الراهن المرهون وسلمه بغير إذن المرتهن يرده على المرتهن ويخير المشتري إن شاء فسخ العقد وإن شاء صبر حتى يقيله الراهن؛ لأن فوات التسليم

كان بسبب يرجى زواله فلا يوجب انتقاض العقد كما لو أبق المبيع قبل القبض، فإن نقض القاضي البيع بينهما بطلب المرتهن لا يلزمه الراهن المشتري بعد أداء الدين؛ لأن الفسخ كان بحق فنفذ القضاء ظاهرًا وباطنًا، ولو أقام الراهن البينة أن المرتهن قبض المال قبل البيع فعلى الخلاف الذي مر.

(باب الاختلاف في المبيع عند الاستحقاق والخيار للمشتري عند استحقاق [بعضه][(١)])

[(المبسوط)][(٢)] ولو اختلفا فقال البائع: بعتك العرصة والبناء جميعًا، وقال المشتري: اشتريت العرصة ثم بنيت البناء فالقول للبائع؛ لأنه منكر حق الرجوع بقيمة البناء.

ولو قال المستحق: البناء مع الأرض لي، وقال المشتري: أنا بنيته، فالدار مع البناء للمستحق؛ لأن البناء تبع للأرض والتبع يستحق باستحقاق الأصل.

(**الزيادات**): اشترى دارًا بعبد وتقابضا فاستحق نصف الدار فمشتريها بالخيار إن شاء نقض، وإن شاء أخذ نصفها بنصف العبد، ولا خيار للبائع؛ لأن ضرر تفريق الصفقة يلحق المشتري من بائعه لما باعه جميع الدار وهو لا يملك إلا نصفها وضرر التفريق لحق البائع من نفسه بسبب تدليسه لا من المشتري.

ولو لم يختر المشتري الرد حتى استحق نصف العبد من بائع الدار فلهما الخيار إلا إن أجاز مستحق العبد البيع أو وهبه من بائعه فلا خيار لبائعه؛ لأنه سلم كل العبد له والبدل متى وصل إلى يد المشتري على أي وجه يصل إليه يقع عن جهة المستحق بالعقد كردّ المغصوب والوديعة. دار في يد رجل باعها رجل من آخر لعبد وقبض العبد ولم يقر المشتري بالدار للبائع فصارت الدار في يد المشتري من جهة ذي اليد بسبب غصب أووديعة أو هبة ليس للمشتري على العبد سبيل؛ لأن قبض

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): القضية.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): قال رحمه الله في الزيادات.

الدار مستحق للمشتري على البائع فعلى أي وجه يصل إليه يقع عن المستحق، فإن استردها ذو اليد بالوديعة أو الغصب رجع بالعبد؛ لأن المبيع لم يسلم له؛ لأن ذا اليد استحقها بسبب سابق على شرائه فانتقض قبضه من الأصل فصار كأنه لم يقبض أصلًا.

ولو لم تصر الدار في يد المشتري ففسخ العقد نفذا ثم وصلت إليه من ذي اليد بسبب ما سلمت له ولا يدفعها إلى البائع، وفي رواية الجامع يدفعها إلى البائع بناء على أن الاستيام والإقدام على الشراء اعتراف بالملك للبائع على رواية الجامع، وعلى رواية الزيادات لا يكون اعترافًا وهو الأصح لما يأتي في كتاب الإقرار.

ولو كان أقر بها للبائع حالما اشتراها بدفعها إليه؛ لأن من أقر لإنسان بما لا يملكه ثم ملكه أمرنا بالتسليم إلى المقر له. رجل اشترى العلو فاستحق رجل بناء العلو فأجاز المستحق البيع جاز والثمن له دون صاحب الساحة؛ لأن محل البيع مال متقوم وذلك البناء دون الهواء فيكون الثمن كله بمقابلة البناء، بخلاف ما لو اشترى أرضًا بشربها فاستحقت الأرض دون الشرب يتوزع الثمن على قيمة الأرض والشرب، فحصة الأرض تكون للمستحق وحصة الشرب للبائع؛ لأن الشرب مال متقوم إلا أنه لا يجوز بيعه وحده لجهالته، فإذا بيع مع الأرض جاز أن يكون له حصة.

(باب الغُرور)

(قال في المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في الغرور في العقود.

والثاني: في الغرور في الملك.

والثالث: في الرجوع بضمان الاستحقاق.

(فصل)

أمة أخبرت رجلًا أنها حرة فتزوجها على ذلك فولدت ولدًا فأقام مولاها بينة

أنها أمته فقضى بها له، فإنه يقضي بالولد لمولاها؛ لأن الولد ولد متفرع من ملكه فيكون ملكًا لصاحب الأصل؛ لأن استحقاق الأصل سبب لاستحقاق المتولد منه إلا أن يثبت غرور المستولد ولا يثبت غروره إلا ببينة؛ لأن فيه استحقاق الولد على المستحق.

وكذلك لو اشترى جارية فولدت عنده فاستحقت بالبينة، فإنه يأخذها وولدها، وإن أقر بها لرجل لم يأخذ ولدها، والفرق أن البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة مظهرة فظهر بها استحقاق الجارية من الأصل والولد يومئذ كان متصلًا بها فيستحقه باستحقاق الأصل، فأما الإقرار إخبار وليس بإظهار وضعًا، وإنما يثبت المخبر به ضرورة صحة الخبر ويصح الخبر بثبوت المخبر به حال انفصال الولد فلم يظهر الاستحقاق فيه، فإن أقام البينة على أنه تزوجها على أنها حرة يجعل الولد حرًّا بالقيمة لإجماع الصحابة لما مرّ في النكاح. وتكون القيمة دينًا عليه في ماله لا في مال الولد؛ لأن النسب وهو المنع وجد من الأب دون الولد ويضمن القيمة يوم الخصومة؛ لأن الولد حصل في يده بغير صنعه وكان أمانة فلا يضمن إلا بالمنع بعد الطلب، والمنع بعد الطلب إنما يتحقق يوم الخصومة ولا ولاء للمستحق على الولد؛ لأنه علق حر الأصل، وإنما قدرنا الرق في حقه لضرورة القضاء بالقيمة له والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة، فإن قيل الولد يأخذ الأب ديته فعليه قيمته للمستحق؛ لأن الديّة بدل نفسه ومنع البدل كمنع المبدل فتحقق به السبب الموجب للضمان كالعبد المبيع إذا قتله عبد آخر ودفع به بقي المبيع على حاله؛ لأن قيام البدل كقيام المبدل ويضمن قيمته يوم القتل لا يوم الخصومة، لأنه ميت يوم الخصومة فاعتبرت قيمته يوم القتل؛ لأنه آخر يوم يمكن تقويمه.

وإن قضى له بالديّة فلم يضمنها لم يضمن بالقيمة؛ لأنه إنما يضمن بالمنع والمنع لا يتحقق فيما لم تصل يده إليه من البدل، فإن قبض من الديّة قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق؛ لأن منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد في القضاء للمستحق عليه بالقيمة، وإن كان ما أخذ لا يفي بقيمة الولد يقضي عليه بقدر ذلك؛ لأن بذلك القدر صار مانعًا للولد، وان استولدها على شراء أو هبة أو صدقة

أخذ المستحق الجارية وقيمة الولد لا تثبت به غرور المستولد، فإنه استولدها على حسبان أنها ملكه وهذا هو حد الغرور، ويرجع المستولد على البائع بالثمن وقيمة الولد دون الواهب والمتصرف سواء كان البائع حرًّا أو عبدًا مأذونًا له.

وكذلك إذا نقض المستحق بناء أحدثه المتملك أو قلع شجرة، وعند الشافعي يرجع به في الكل؛ لأن الغرور قد تحقق من الواهب والمتصدق بإيجاب الملك له في المحل وإخباره أنها مملوكة.

والصحيح قولنا؛ لأن مجرد الغرور لا يلغى لإثبات حق الرجوع، فإن من أخبر إنسانًا أن هذا الطريق آمن فسلكه وأخذ اللصوص ماله لم يرجع على المخبر بشيء.

وإن حصل مغرورًا من جهته، وإنما يثبت له حق الرجوع باعتبار عقد المعاوضة؛ لأن حقيقة السلامة صارت مستحقة له بالعقد؛ لأن البائع بالبيع ضمن سلامة المبيع للمشتري فصار ضامنًا سلامة الزوائد؛ لأنها تبع للمبيع فتثبت ضمان سلامة الزوائد تبعًا لضمان سلامة المبيع، فإذا لم يسلم له الزوائد يرجع بقيمتهما على الضامن، فأما المتبرع لم يضمن للمتبرع عليه سلامة الأصل؛ لأن عقد التبرع لا يكون سببًا لوجوب الضمان على المتبرع للمتبرع عليه، وهذا لا يثبت فيه حق الرد بالعيب فلا يصير ضامنًا سلامة الزوائد.

ولو كان المشتري للأمة باعها من آخر فولدت منه ثم استحقت فرجع المشتري الثاني على بائعه بالثمن وبقيمة الولد يرجع المشتري الأول على بائعه بالثمن لا بقيمة الولد عند أبي حنيفة.

وعندهما بقيمة الولد أيضًا هكذا إلى الأول.

لهما: أن البائع الأول ضمن سلامة المبيعة بأجزائها للبائع الثاني ولم يسلم له حيث استحق عليه بدل الولد فيرجع بذلك على البائع الأول كما في الثمن والرد بالعيب له: أن البائع الأول إنما ضمن للبائع الثاني سلامة أولاده ولم يضمن سلامة أولاد المشتري الثاني منه؛ لأن ضمان سلامة الأولاد إنما يثبت بالبيع والبيع الثاني مقصور عليه غير مضاف إلى الأول؛ لأنه وجد باختياره وفعل فاعل مختار يقتصر عليه فغرم للثاني قيمة الولد بعقد ضمان باشره باختياره فانقطع غرور البائع الأول

فاقتصر الحكم على فعل البائع الثاني بخلاف الثمن؛ لأن البائع ضمن للثاني سلامة المبيع ولم يسلم له المبيع فلا يسلم لبائعه الثمن، فإن حصل الغرور في النصف رجع بنصف قيمة الولد؛ لأن سبب الرجوع وهو الغرور وجد في النصف رجلان اشتريا أمة فولدت فادعاه أحدهما فغرم نصف القيمة ونصف العقر لشريكه ثم استحقها رجل فقضى له بها وبقيمة الولد والعقر للمستحق يرجع المستولد على شريكه بما أعطاه من نصف قيمة الأم والعقر؛ لأنه تبين بالاستحقاق أن شريكه أخذ ذلك منه بغير حق، ولا يرجع عليه بنصف قيمة الولد؛ لأنه ما صار مغرورًا من جهة شريكه، فإن تملكه على شريكه ما كان بصنعه واختياره فلا يصير ضامنًا له سلامة الأولاد، ويرجع الشريك على بائعه بنصف الثمن لاستحقاق نصف المبيع عليه. ولدت أمة رجل ثم استحقت فقال الواطئ اشتريتها من فلان وصدقه ولأن لم يصدقا على المستحق ويكون الولد عبدًا له بعدما تخلف المستحق أنه لا يعلم أنه اشتراها من فلان؛ لأن سبب ملكه الولد ظاهر وهو استحقاقه الجارية فهما يدعيان إبطال ملكه في الولد وهو ينكر فيكون القول قوله ويحلف المستحق؛ لأنه لو أقر بذلك كان الولد حرًا، فإذا أنكر يستحلف فيه.

ولو أقر المستحق وأنكر البائع فالولد حر، فإذا أنكر يستحلف عليه، ولو أنكر المستحق وأنكر البائع فالولد حر وعلى الأب القيمة؛ لأنهما اتفقا على أنه مغرور وولد المغرور حر بالقيمة ولا رجوع لهما على البائع؛ لأن قولهما ليس بحجة عليه.

ولو أقر به المستحق دونهما عتق الولد بإقراره بلا قيمة؛ لأنه أقر على نفسه بحرية الولد على المستولد له بالقيمة فصح إقراره على نفسه بالحرية؛ لأنه ملكه في الظاهر ولم يصح إقراره على غيره بالقيمة؛ لأنه ينكر كونه مغرورًا.

(فصل)

رجل ورث أمة من أبيه فاستولدها ثم استحقت كان الولد حرًا بالقيمة لعتق الغرور في الولد، فإنه استولدها على حسبان أنها مملوكة له إذا لم يكن عالمًا بكونها مستحقة ثم يرجع بالثمن وبقيمة الولد على بائع المورث؛ لأن الوارث

يخلف الموروث في ملكه كأنه هو؛ لأن ملك المورث انتقل إليه، ولهذا يرده بالعيب ويكون فيه كالمورث فكذلك في الرجوع بسبب الغرور بخلاف الموصى له بالجارية إذا استولدها ثم استحقت لا يرجع على بائع الموصي؛ لأن الموصى له ملك ملكًا مستأنفًا جديدًا بسبب جديد وعقد حديث، ولهذا لا يرده بالعيب فلا يقوم مقام الموصي في الملك القديم. مات رجل وترك ابنًا وجارية وعليه دين محيط فوطئها ابنه فولدت منه بيعت الجارية في الدين ويضمن الابن قيمة ولدها وعقرها للغرماء؛ لأنه بمعنى المغرور فيها؛ لأنه استولدها وله في الجارية حق ملك؛ لأن سبب الملك قد تحقق للوارث وهو موت المورث حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من مال آخر ولو أعتقها ثم سقط الدين بعد عتقه.

ولو تزوجها لم يصح النكاح إلا أنه لم يعمل في إيجاب حقيقة الملك للوارث لمانع وهو الدين فيثبت له حق الملك فيصح الاستيلاد وعلق الولد حرًّا بالقيمة، وإن كان عالمًا بأنه لا ملك له فيها حقيقة كالمولى إذا استولد جارية مكاتبه تصور مغرورًا بما يثبت له حق الملك.

وإن علم أنه لا ملك له حقيقة وباع الأمة في الدين؛ لأن استغراق الدين بالتركة يمنع عتق الوارث؛ ولأن يمنع ثبوت حق الحرية وأمومية الولد من جهته أولى ويغرم العقر؛ لأن وطأه صادف ملك غيره وقد سقط الحد للشبهة فيغرم العقر، وقيل موضوع المسألة فيما إذا كان هناك وارث آخر حتى لا يكون له استخلاص كل التركة ويرجع الوارث على البائع من أبيه بالثمن وقيمة الولد كما بينا.

ولو كان الدين غير محيط يضمن قيمتها وعقرها ويقضي منه الدين وما بقي ميراث ولا يضمن قيمة الولد؛ لأن الدين إذا لم يكن محيطًا بالتركة لا يمنع ملك الوارث فصح استيلاده فيها وصارت الجارية أم ولد له وقد أتلف ماليتها على الغرماء في الاستيلاد، فإن دينهم قد تعلق بالتركة وحق الغريم مقدم على حقه فيغرم قيمتها لحق الغريم كالراهن إذا استولد الجارية المرهونة يضمن قيمتها للغريم فكذا هذا، وهو إذا كان الدين مثل قيمتها أو أكثر، فإن كان أقل من قيمتها يضمن بقدر الدين؛ لأن حق الغريم في قدر الدين ويغرم العقر.

قال عيسى بن أبان: هذا غلط ويجب أن لا يغرم العقر؛ لأن استيلاده حصل في ملكه؛ ولأن الدين أقل من قيمة الجارية فليس هاهنا أحد يمكن إيجاب العقر له، ولهذا لا يضمن قيمة الولد، الجواب عنه، قيل تأويل المسألة: إن الورثة كانوا عددًا وكان هو استيلاد أحد الشركاء للجارية المشتركة وهو موجب للعقر والقيمة باعتبار ملك الشركاء، وقيل: إن الدين وإن لم يكن مستغرقًا بالتركة ولكن حق الغرماء تعلق بجميع التركة فصار كله مشغولًا به كما في الرهن تعلق الدين بجميع المرهون فصار كله مشغولا به حتى ليس له أن يفتك البعض، بأداء بعض الدين فكذا هذا لما تعلق الحق بجميع التركة صار الوارث مستولدًا. أمة تعلق بها حق الغير فيغرم عقرها وجميع قيمتها كالراهن إذا استولد الجارية المرهونة تضمن العقر والقيمة فكذا هذا.

(فصل)

ويرجع الأب الوصي بضمان الاستحقاق في مال الميت والصبي؛ لأنه كان عاملًا له في ذلك، فإذا لحقه عهده يرجع به عليه، وكذلك الوكيل يرجع به على الموكل والمضارب على رب المال إذا لم يكن في المضاربة فضل، فإن كان فيها فضل لم يرجع على رب المال من قيمة الولد لا بقدر رأس المال وحصته من الربح؛ لأنه في ذلك القدر عامل له وفي نصيبه من الربح عامل لنفسه.

ولو كفل رجل للمشتري بضمان الدرك لا يرجع عليه بقيمة الولد إذا استحق؛ لأنه ليس بدرك في الجارية والكفيل ضمن الدرك في الجارية لا في غيرها، فلا يلزمه ضمان ما لم يضمنه.

(المنتقى): رجل أمر رجلًا بشراء جارية فاشترى له جارية ثم إن الآمر وهبها فولدت له ولدًا ثم استحقت وأخذت الجارية وعقرها وقيمة ولدها، فإن الواطئ لا يرجع على البائع بشيء؛ لأنه مشترٍ لغيره.

ذكر ابن سماعة عن محمد: رجلان اشتريا جارية وقبضاها ثم أحدهما وطئها فجاءت بولد منه وادعاه وضمنه صاحبه نصف قيمة الأم ونصف عقرها ثم ولدت منه ولدًا آخر ثم استحقها رجل فأخذها وعقرها وقيمة ولدها فله أن يرجع بنصف الثمن ونصف قيمة الولد الأول؛ لأنه صار مغرورًا فيه من جهته ولا يرجع على

صاحبه من قيمة الولد بشيء ويرجع على صاحبه بنصف قيمة الأمة ونصف عقرها ويرجع بقيمة الولد الثاني على بائعه وشريكه نصفين؛ لأنه يملك نصف الآخر من شريكه بالاستيلاد فصار في نصفه مغرورًا من جهته.

قال محمد: هذا كله قولي وقول أبي يوسف إلّا في خصلة واحدة لا يرجع على شريكه بشيء من قيمة الولد الثاني عندي؛ لأن الواطئ أدخل نصف الجارية في ملكه بدعوته من غير صنع ومشبه شريكه فلا يصير شريكه بذلك غارًا له، وإنما يرجع بالقيمة في الغرور.

(باب الاستحقاق بعد الصلح والغرور في ذلك)

(**الجامع**): أصله: أن ولد المغرور والمغتر يستويان في ثبات النسب من المستولد والحرية بالقيمة لاستوائهما واشتراكهما في المعنى الداعي إلى الحرية، وهو أن المغرور والمغتر كل واحد لم يرض برق مائه؛ لأنه استولد الجارية على حسبان أنها ملكه، فعلق الولد حر الأصل، فمتى جُعِلَ رقيقًا تضرر به، فجعل ولده حرًا دفعًا للضرر عنه، وأوجبنا عليه القيمة نظرًا للمستحق، وإنما يفترقان في رجوع المستولد بالقيمة على مملكه، ففي ولد المغرور يرجع على مملك الجارية، وفي ولد المغتر لا يرجع، والمغتر كالموهوب له والمتصدق عليه والموصى له؛ لأن المملك للجارية هنا لم يضمن له سلامة الولد لما بينا الباب المتقدم.

ثم المسائل على خمسة أوجه:

أحدها: ادعى على آخر ألف درهم فصالحه على إنكار أو سكوت على جارية واستولدها المدعي ثم استحقت أخذها المستحق وعقرها وقيمة ولدها، ويرجع المدعي إلى أصل دعواه، ولا يرجع على المدعى عليه بالعقر ولا بقيمة الولد، أما العقر فلأنه ظهر أن الوطء صادف ملك المستحق، وأما قيمة الولد للمستحق؛ لأن هذا الولد مغتر في حق المدعى عليه؛ لأن في زعمه أنه ملكه الجارية بغير عوض لدفع أذى الخصومة والشغب وافتداء عن اليمين عن نفسه لا عوضًا عن حقه؛ لأن في زعمه أنه لم يكن عليه حق فصار كالواهب والموصي، وولد مغرور في حق

المدعي؛ لأن في زعمه أن الجارية أخذها عوضًا عن حقه فيعتبر زعم كل واحد منهما في حقه فيرجع المستحق بالعقر وبقيمة الولد على المدعي باعتبار زعمه ولا يرجع المدعي على المدعى عليه بشيء باعتبار زعمه أنه مغتر وليس بمغرور ويرجع المدعي إلى دعواه؛ لأنه انتقض الصلح بالاستحقاق وصار كأنه لم يوجد.

ولو كان الصلح عن إقرار رجع؛ لأنه ملك الجارية عوضًا عن المدعى به في زعمها فقد ضمن المدعى عليه سلامة الجارية والولد فيرجع عليه بالغرامة عند فوات السلامة والبناء في الدار كالولد في الجارية؛ لأن البناء تبع للعرصة؛ لأنه قائم بها كالولد في الجارية.

والثانية: لو صالح من دم العمد على جارية عن إنكار وسكوت واستولدها المدعي ثم استحقت يرجع المدعي إلى أصل دعواه إلا أن يقيم المدعي البينة على أصل الحق فيرجع بقيمة الولد وبقيمة الجارية جميعًا، وفي المسألة الأولى لو أقام البينة يرجع بالدين، والفرق أن ثمة الصلح وقع على المال وقد انتقض باستحقاق الجارية فيرجع ببدلها وهو الدين والصلح عن دم العمد لا ينتقض باستحقاق الجارية؛ لأن هذا الصلح لا يقبل الانتقاض كالنكاح والخلع فبقي السبب الموجب لتسليم الجارية وهو الصلح وقد عجز المدعى عليه عن تسليم عينها فيلزمه تسليم قيمتها.

والثالثة: ادعى جارية في يد رجل فصالحه على جارية أخرى عن إنكار أو سكوت واستولد كل واحد منهما جاريته فاستحقت التي في يد المدعي وأخذ عقرها وقيمة ولدها يرجع في دعواه ولا يرجع بقيمة الولد إلا إذا أقام البينة على حقه فيحنئذ يرجع بقيمة الجارية التي ادعاها وبقيمة الولد أيضًا؛ لأن قبل إقامة البينة المدعي مغتر في زعم المدعى عليه؛ لأنه لم يملكها عوضًا عن حقه وبعد إقامة البينة المدعي مغرور؛ لأنه ظهر أنه ملك الجارية التي في يد المدعى عليه وقد أخذ الجارية الأخرى عوضًا عما في يد المدعي عليه فقد ملكها بالمعاوضة فصار مغرورًا والمدعى عليه لما استولد الجارية التي في يده صح استيلاده؛ لأنه ملكها ملكًا فاسدًا، فإن بذل المستحق مملوكًا للقابض ملكًا فاسدًا فكان على المدعى عليه

رد عين الجارية إلى المدعي، وقد عجز عن ردها بالاستيلاد فيلزمه رد قيمتها، فإن استحقت التي استولدها المدعى عليه وأخذها وعقرها وقيمة ولدها رجع المستولد بقيمة الجارية الأخرى على المدعي ولم يرجع بقيمة الولد؛ لأن المدعي لما صار مُكذبًا في دعواه ببينة المستحق أن الجارية ملكه فسد هذا الصلح وصار المدعي مشتريًا الجارية المأخوذة من المدعى عليه بالجارية المستحقة شراء فاسدًا فيلزمه ردها على المدعى عليه، وقد عجز عن ردها لمكان الاستيلاد فيلزمه رد قيمتها ولم يرجع بقيمة الولد؛ لأن المدعى عليه يزعم أنه لم يستفد ملكًا في الجارية التي استولدها من جهة المدعي وليس له الرجوع عليه بالقيمة والمقر له متى كذب المقر في إقراره وبقي مصرًّا على تكذيبه فلا شيء له.

والرابعة: ادعى جارية في يد رجل فصالحه على أن دفعها إلى المدعي على جارية أخرى للمدعي واستولد كلتاهما ثم استحقت أحدهما بأخذها أو عقرها وقيمة ولدها ويرجع كل واحد منهما على الآخر بقيمة الجارية الأخرى وقيمة الولد أيضًا؛ لأن هذا الصلح معاوضة بين الجانبين؛ لأنه أخذ كل واحد منهما الجارية عوضًا عن الأخرى؛ لأنه لا يسلم لكل واحد ما أخذ إلا بما أعطى لصاحبه؛ لأن في زعم المدعى عليه أنه باع الجارية المدفوعة من المدعي بالجارية المأخوذة منه، وفي زعم المدعي أنه لا يسلم له الجارية المأخوذة من المدعى عليه بالجارية المدفوعة إليه، وهذا هو معنى البيع أنه لا يسلم له ما أخذ إلا بما أعطى فيتحقق المعاوضة من الجانبين، ومتى فسد الصلح باستحقاق أحدهما وجب عل كل واحد رد الجارية التي أخذها وقد عجز عن رد عينها فيلزمه رد قيمتها، وكذا يرجع بما ضمن من قيمة الولد على صاحبه كما في البيع بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه لا يمكن اعتبار المعاوضة في جانب المدعى عليه؛ لأنه كان يسلم له الجارية من غير إعطاء مال بأن يحلف ولا يعطيه شيئًا وكانت معاوضة من جانب المدعي لا غير.

والخامسة: اشترى جارية فاستولدها ثم أعتقها ثم تزوجها فاستولدها ثم استحقت فأخذها المستحق وعقرها وقيمة الولدين يرجع المستولد على البائع بقيمة الولد الأول دون الثاني؛ لأن المستولد في الولد الأول مغرور وفي الثاني مغتر؛ لأنه

بعدما أعتقها وتزوجها استولدها بعدما علم بحريتها بدليل موجب حريتها ظاهرًا وهو شراؤه وإعتاقه، وفي مثل هذا يكون مغترًا لا مغرورًا كما لو زوجها من غيره بعدما علم الزوج بشرائها وإعتاقها ثم استولدها ثم استحقت كان مغترًا، والمغتر لا يرجع، ثم المستولد يضمن عقرًا واحدًا؛ لأن في زعم المستحق أن الحالة متحدة وهي حالة ملك اليمين، فإن على المستولد بالوطئات التي تكررت منه فيها عقر واحد فاعتبر زعم من له الحق في القيمة، فأما الرجوع بقيمة الولد حكم يدور فيما بين المستولد والبائع وهما تصادقا أن الحالة اختلفت في الولد فاعتبر زعمهما فيه. والله تعالى أعلم بالصواب.

تم الجزء بحمد الله وعونه وحسن توفيقه

يتلوه كتاب الإقرار.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الإقرار[(١)]

يحتاج إلى معرفة: شرعية الإقرار، وتفسيره، وركنه، وشرط جوازه، وحكمة شرعيته.

أما شرعيته: فلقوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فقد أمر من عليه الحق بإملاء ما عليه من الحق، والإملاء ليس إلا الإقرار، وكذلك قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماعز بالرجم بإقراره[(٢)]، وهو من أقوى الأحكام

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ١٥٦/٤، وتبيين الحقائق ٢/٥، ومواهب الجليل ٢١٦/٥، والشرح الصغير ٥٢٥/٣، والبناني على شرح الزرقاني ٩١/٦، ونهاية المحتاج ٦٤/٥ - ٦٥، وحاشية قليوبي ٢/٣، وكشاف القناع ٤٥٢/٦.

(٢) أخرجه «مسلم» ١١٧/٥ (٤٤٤٣) قال: حدثني أبو كامل، فضيل بن حسين الجحدري، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي (٤٤٤٤) قال: وحدثنا محمد بن المثنى، وابن بشار، قالا: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. وفي (٤٤٤٥) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا شبابة (ح) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا أبو عامر العقدي، كلاهما عن شعبة. و«أبو داود» (٤٤٢٢) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي (٤٤٢٣) قال: حدثنا محمد بن المثنى، عن محمد بن جعفر، عن شعبة. و«عبد الله بن أحمد» ٩٦/٥ (٢١٢٠٧) قال: حدثنا الحسن بن يحيى بن الربيع، وهو ابن أبي الربيع الجرجاني، قال: حدثنا عبد الصمد بن عبد الوارث، قال: حدثنا حماد. وفي ٩٩/٥ (٢١٢٤٣) قال: حدثني يحيى بن عبد الله، قال: حدثنا شعبة. و«النسائي»، في «الكبرى» (٧١٤٤) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا محمد، قال: أخبرنا شعبة. وفي (٧١٤٥) قال: أخبرنا هلال بن العلاء، قال: حدثنا حسين، قال: حدثنا زهير. و«أبو يعلى» (٧٤٤٦) قال: حدثنا محمد بن عبيد بن حساب، قال: حدثنا أبو عوانة. و«ابن حبان» (٤٤٣٦) قال: أخبرنا سليمان بن الحسن العطار، بالبصرة، قال: حدثنا عبيد الله بن معاذ بن معاذ، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة.

سبعتهم: (إسرائيل، وشعبة، وحماد، وشريك، والمسعودي، وأبو عوانة، وزهير) عن سماك بن حرب، فذكره.

وأشدها؛ ولأن الإقرار إخبار صدر عن صدق لانتفاء تهمة الكذب وريب الإفك عنه، فإن المال محبوب للمرء طبعًا فلا يقر به لغيره كاذبًا، والخبر الصدق أو الراجح فيه الصدق واجب العمل به شرعًا؛ لأنه يكون مظهرًا وموضحًا للحق ظاهرًا.

وأما تفسيره لغةً وشرعًا: فهو إخبار عن كائن سابق فيقضي بثبوت المخبر به سابقًا على [الإخبار](١).

وأما ركنه: فقوله: لفلان عليّ كذا وما يشبهه؛ لأنه يقوم به ظهور الحق وانكشافه حتى لا يصح شرط الخيار فيه بأن أقر بدين أو أقر بعين على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فالخيار باطل وإن صدقه المقر له، والمال لازم؛ لأن الخيار مشروط للفسخ، والإقرار لا يحتمل الفسخ؛ لأن حكمه وجوب المقر به وهو الدين لا يحتمل الفسخ؛ لأن إقراره إخبار عن كائن سابق وليس بإيجاب مبتدأ وإنما وجب المال بالمعاملة أو المداينة السابقة، والإقرار إظهار لما وجب بالمعاملة السابقة السالفة، وإذا لم ينفسخ ما هو المقصود بالإقرار وهو المقر به لا ينفسخ الإقرار، واشتراط الخيار في تصرف لا يحتمل الفسخ لا يصح كما في النكاح والخلع والعتق على مال.

وأما شرط جوازه: فالعقل والبلوغ؛ لأنه لا يصح بدونهما التصرف أصلًا، والحرية شرط في بعض الأحكام دون البعض حتى لو أقر العبد المحجور بالمال لا ينفذ في حق المولى؛ لأنه لو نفذ يتعلق برقبة العبد استيفاء، والرقبة ملك المولى، فلو أقر بالقصاص يصح؛ لأنه إزالة الروح وتفويت الحياة وحياته مبقاة على أصل الحرية، وكذا كون المقر به مما يجب تسليمه إلى المقر له شرط حتى لو أقر أنه غصب كفًا من تراب أو حبة من حنطة لا يصح؛ لأن المقر به لا يلزمه تسليمه إلى المقر له.

وأما حكمه: فظهور المقر به لا إثباته ابتداء؛ لأنه إخبار عن أمر ماض وحكم

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الإقرار.

الإخبار عن أمر ماض ظهور المخبر به لا إثباته، ولهذا قالوا: لو أقر بالخمر للمسلم يصح ويلزمه تسليمها إليه إذا طلب استرداده، فإنه نص محمد رحمه الله في الإقرار من (المبسوط): مسلم أقر بخمر أو خنزير لذمي جاز وكذلك ذمي أقر لمسلم بخمر بعينها جاز، ويؤمر المسلم أن يخللها؛ لأنه أقر بكون الخمر ملكًا له، ويتصور أن تكون الخمر ملكًا لمسلم بأن ورثها أو العصير تخمر في يده يكون ملكًا له ويخللها فصح الإقرار بالملك للمسلم، كما لو أقر له بجلد ميتة.

ولو أقر له بخمر مستهلكة لا يصح؛ لأنه لا يجب للمسلم بدل الخمر، وهذه المسألة تدل على أن الإقرار إخبار عن ملك سابق لا بملك مبتدأ، ولهذا لم يستحق الزوائد المنفصلة بالإقرار، ومن أقر لغيره بمال والمقر له يعلم أنه كاذب في إقراره لا يحل له ديانة إذا أخذه على كره منه إلا إذا سلمه إليه بطيب من نفسه يحل؛ لأنه يكون تمليكًا مبتدأ منه على سبيل الهبة.

وذكر في (المنتقى): لو قال لرجل: لك عليّ ألف درهم، ولا يعلم المقر له بذلك ولم يجر بينهما خلطة ولا معاملة قال محمد: لا يسعه أن يأخذه إلا أن يعلم أنه له عليه، ولو أقر له به والمقر له صغير فكَبُر، وسعه أن يأخذه منه؛ لأنه يكون تمليكًا منه.

(باب الألفاظ التي تكون إقرارًا والتي لا تكون إقرارًا)

(المبسوط): ألفاظ الإقرار نوعان: قد يكون صريحًا وإفصاحًا وقد يكون ضمنًا.

أما القسم الأول: أصله أن كلمة "على" تستعمل في الإيجابات قال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾ [آل عمران: ٩٧].

وكلمة "عندي" و"معي" تستعمل في الأمانات؛ لأن كلمة "عند" للقربة، و"مع" للمقارنة، والمقارنة هي المقاربة، والدين لا يكون قريبًا من إنسان حقيقة، والوديعة تكون قريبة منه، ولأن هذه الكلمة في العرف والعادة تستعمل في الأمانات لا في الإيجابات ومطلق الكلام يحمل على المتعارف.

وكلمة "قبلي" تستعمل فيهما، فإنه كما يستعمل في الإيجابات، فإن القبالة والكفالة واحدة، ومتى سُمي الكفيل قبيلًا أي ضمينًا يستعمل في الأمانات أيضًا، فإنه يقال: لفلان قِبَلي وديعة أو أمانة، إلا أنها لغلبة الاستعمال صار للإيجاب عرفًا، فإن في العرف يقال: لفلان قِبَلي ألف كان مقرًّا بالدين لا بالعين فانصرف إلى إيجاب الدين لغلبة الاستعمال وتعارف الناس إذ المذكور عرفًا كالمذكور نصًّا.

ولو قال: لفلان عليّ أو قِبَلي ألف درهم فهو إقرار بالدين؛ لأن كلمة عليَّ وقِبَلي تستعمل في الإيجابات ومحل الإيجاب الذمة، وفي الذمة إنما يثبت الدين لا العين فصار مقرًّا بالدين مقتضى ذكر كلمة على إلا أن يبين موصولًا أنه وديعة.

وقال الشافعي: يصدق ذكره موصولًا ومفصولًا.

والصحيح قولنا؛ لأن حكم الكلام يتقرر بالسكوت عليه كما في التعليق والاستثناء؛ لأن حقيقة هذا الكلام هو الإقرار بالدين إلا أنه يحتمل العين مجازًا أو كناية وإرادة المتكلم المجاز لا تثبت بالضمير وإنما تثبت بالذكر، فإذا سكت عليه عملت الحقيقة في إفادة حكمها فيثبت حكم الحقيقة في حق المقر له فيعد ذلك بيانه أنه وديعة رجوع عما أقر به فلا يصح كما في الاستئناف والتعليق.

ولو قال: عندي أو معي أو في يدي فهو إقرار بالوديعة لما بينا.

ولو قال: في مالي أو في دراهمي هذه فهو إقرار ثم إن كان متميزًا فهو وديعة وإلا فشركة؛ لأنه جعل ماله طرفًا ولن يتصور كون المال طرفًا لمال آخر إلا بطريق الشركة فهو أن يكون جزءًا شائعًا من ماله ملكًا له، فإن الكثير من أجزاء المال يكون طرفًا للقليل معه كما قال عليه السلام: **"في مائتي درهم خمسة دراهم"**(١) وما يكون

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٦٨٧٩ و٧٠٧٧) عن الحسن بن عمارة. وفي (٦٨٨٠) عن ابن جريج، قال: أخبرت عن أبي إسحاق. و«ابن أبي شيبة» ٣/١١٧ (٩٩٥٤) قال: حدثنا ابن نمير، عن الأعمش. وفي ٣/١١٨ (٩٩٥٥) قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثني عمار بن رزيق. و«أحمد» ١/٩٢ (٧١١) قال: حدثنا سريج بن النعمان، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي ١/١١٣ (٩١٣) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا الأعمش. و«الدارمي» (١٧٥٢) قال: أخبرنا المعلى بن أسد، قال: حدثنا أبو عوانة. و«أبو داود» (١٥٧٤) قال: حدثنا عمرو بن عون، قال: أخبرنا أبو عوانة. و«الترمذي» (٦٢٠) قال: حدثنا محمد بن عبد الملك بن أبي الشوارب، =

في ماله لا يكون في ذمته فصار مقرًا له بالشركة؛ لأنه أقر له بمائة شائعة في ماله، فإن عين المقر له ألفًا من ماله وقال: تلك الألف هذه هل يكون ردًّا لإقراره؟ قيل يكون ردًّا؛ لأنه أقر له بالشركة في ماله فحين ادعى ألفًا بعينها فقد ردّ إقراره بالشركة وقيل لا يبطل إقراره بالشركة؛ لأنه ليس من ضرورة دعوى الألف بعينها ردّ الإقرار بالشركة لجواز أن يكون مشتركًا كما أقر له ثم اقتسما فيكون هذا منه دعوى القسمة، فإذا حلف الآخر ولم يثبت القسمة بقي الإقرار بالشركة على حاله.

ولو عين المقر ألفًا من ماله فالقول قوله؛ لأنه أقر بالشركة في جميع ماله ثم ادعى قطع حقه في الشركة بسبب القسمة فإذا لم يصدقه المقر له لا تثبت القسمة.

ولو قال: له من مالي ألف درهم فهي هبة لا تملك إلا بالتسليم؛ لأن كلمة (من) كلمة تبعيض ويحتوي تمييز وكلمة (لي) إلصاق فقد أخبر أن تكون الألف الممتازة من ملكه وماله للمقر له وإنما يتصور الألف الممتازة من ملكه له إذا ملكها من جهته فيكون له الألف من ماله بتمليكه منه لا محالة وقد ملكه بغير بدل فقد يكون ذلك هبة منه ولا يكون قرضًا؛ لأن المال في قوله (له) تستعمل للهبة لا للقرض، فإنه يقال في الهبة وهبت لك وفي القرض أقرضتك بخلاف ما لو قال من مالي وهو إقرار بالشركة؛ لأن هناك جعل ماله طرفًا لماله وليس من ضرورة كون ماله طرفًا لماله أن يكون التمليك من جهته؛ لأنه يتصور أن يكون له ألف في ماله لا تمليك من جهته بأن ورثا ونحوه.

=

قال: حدثنا أبو عوانة. و«عبد الله بن أحمد» ١/١٤٥ (١٢٣٣) قال: حدثني العباس بن الوليد النرسي، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي ١/١٤٨ (١٢٦٧) قال: حدثنا أحمد بن محمد بن أيوب، قال: حدثنا أبو بكر بن عياش، عن الأعمش. وفي (١٢٦٩) قال: حدثني محمد بن إشكاب، قال: حدثنا محمد بن أبي عبيدة، قال: حدثني أبي، عن الأعمش. و«النسائي» ٥/٣٧، وفي «الكبرى» (٢٢٦٨) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا أبو أسامة، قال: حدثنا سفيان. وفي ٥/٣٧، وفي «الكبرى» (٢٢٦٩) قال: أخبرنا حسين بن منصور، قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا الأعمش. و«ابن خزيمة» (٢٢٦٢ و٢٢٩٧) قال: حدثنا علي بن حجر السعدي، قال: حدثنا أيوب بن جابر. وفي (٢٢٨٤) قال: حدثنا موسى بن عبد الرحمن المسروقي، قال: حدثنا أبو أسامة، عن سفيان الثوري.

ولو قال له من مالي ألف درهم لا حق لي فيها فهو إقرار بالدين؛ لأن هذا إقرار بهبة مسلمة؛ لأنه بقي الحق فيها ولا ينقطع حقه عنها بالهبة إلا بالتسليم فيكون إقرارًا بالتسليم وقد أخبر أن هذه الألف بعض ماله؛ لأن كلمة من كلمة تبعيض وتمييز وأن يكون بعض ماله ملكًا له إلا أن يختلط بماله بعد التسليم، وإذا اختلط بماله بعد التسليم صار دينًا عليه؛ لأنه يجعل هو الخالط إذا لم يوجد من غيره خلط؛ ولأنه لا يتصور أن يكون لغيره ألف من ماله لا حق له فيها إلا في الدين؛ لأنه أقر أنه لا حق له فيها مطلقًا في الماضي والمستقبل جميعًا لقول الرجل لا نكاح بيننا وإنما يبقى حقه فيها في الماضي والمستقبل إذا لم يملك من جهته لا بهبة ولا بغيرها.

ولو قال: عندي ألف درهم دين فهي دين؛ لأن كلمة عند يجوز أن تستعمل في الديون، يقال له عندي ألف دين؛ لأن صاحب الدين يملك شيئًا من مال الديون حكمًا ولأنه لما بيّن الدين فقد أراد بكلمة (عندي) (عليَّ) استعارة ومجازًا وأنه من حروف الصلات تعاقب بعضها بعضًا، كما لو قال: علي ألف درهم إلا أنها وديعة فقد أراد بكلمة (عليّ) (عندي) فكذا هذا.

ولو قال عندي مائة درهم وديعة قرض أو بضاعة قرض أو مضاربة قرض أو وديعة دين أو دين وديعة فهي قرض ودين؛ لأنه أمكن تصحيح الكلامين جميعًا؛ لأن الوديعة والبضاعة والمضاربة تصير قرضًا بالإقراض أو بالاستهلاك فتجعل كأنها وديعة أو بضاعة عنده ثم أقرضه، فأما القرض والدين لا يصير وديعة إلا بعد الأداء إلى صاحب المال ثم الإيداع منه وهو غير مصدق في الأداء إليه.

ولو قال هذا الثوب أو هذه الدار عارية لفلان أو قال من فلان أو قال لملكه أو بملكه أو في ملكه أو في ميراثه أو تميزا به أو لحقه أو من قِبَلِه فهو إقرار؛ لأن اللام في مثل هذا يذكر للتعليل كما يقال: تأهب للشتاء أي لأجل الشتاء فصار كأنه قال: هذا الثوب عندي عارية لأجل ملك فلان فيكون معناه إنه أعارني لأجل أنه ملكه لو لم يكن ملكًا له ما أعارني وكلمة (من) كلمة تبعيض فقد أقر أنه بعض ملكه وبعض ملك الإنسان ملكه وحرف بحرف إلصاق فقد وصف الثوب بكونه ملصقًا بملك

فلان والملصق بالشيء بعضه وما كان من جملة ملكه يكون ملكًا له وحرف وحرف في الطرف قد وصف الثوب كونه مطروفًا لملكه والميراث عبارة عن الملك بقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ مِيرَاثُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ﴾ [آل عمران: ١٨٠] أي ملكهما وقوله بحقه أو من قبله فهو إقرار.

ولو قال لحقّه لا يكون إقرارًا، والفرق أن الحق يذكر ويراد به الملك ويذكر ويراد به الحرمة والمنزلة فمتى وصله بالباء على أنه أراد به الملك؛ لأنه لا يستعمل مع هذه الصلة للحرمة والمنزلة، وإنما يستعمل للملك ومتى وصله باللام علم أنه أراد به الحرمة والشفاعة؛ لأنه مع اللام يستعمل لذلك يقال لحق فلان ولحرمته وشفاعته فصار كأنه قال هذا الثوب عارية عندي لحرمة فلان وشفاعته، وكذلك لو قال لفلان علي ألف بحصته أو بشركته أو من شركته أو من أجره أو بأجره أو من بضاعته أو لبضاعته أو ببضاعته فهو إقرار كما بينا.

قال أبو يوسف ومحمد: إذا أقر أنه أخذ الثوب عارية وقال الآخر لا بل بيعًا فالقول للمقر مع يمينه ما لم يلبسه لأنهما تصادقا أن الآخذ كان بإذن المالك إلا أن صاحب الثوب يدعي عليه ثمنًا وهو ينكر فالقول له إلا إذا لبسه، فإذا لبسه فقد انتفع بمال الغير، والمالك بالإقرار بالإذن بالأخذ لا يصير إذنًا في اللبس ضرورة والانتفاع بمال غيره سبب الضمان إلا أنه ادعى البراءة عن الضمان بدعوى الإعارة والمقر له ينكر فيكون القول له.

ولو قال: أقرضني وقال الآخر: غصبني فالمقر ضامن ويأخذ المقر له عينه إن كان قائمة لأنهما تصادقا على وجوب الضمان؛ لأن القرض سبب لوجوب الضمان كالغصب إلا أن صاحب اليد يدعي ملك هذه الدراهم بدعوى القرض وصاحبها ينكر فيكون القول له مع يمينه.

ولو قال: أصالحك من حقك يكون إقرارًا والبيان إلى المقر، ولو قال: من دعواك لم يكن إقرارًا؛ لأن الدعوى قد تكون حقًا وقد تكون باطلًا فلا يجعل إقرارًا بالشك، فأما الحق لا يحتمل الباطل؛ لأنه ضد الباطل فيكون إقرارًا، كما لو قال لك الحق في هذه الدار إلا أن مقدار المقر به مجهول فيكون بيانه عليه.

ولو قال: اخرج من هذه الدار بألف أو ابرأ منها أو اتركها أو سلم لي أو أعطها لي هذه الدار، فقد أقر له بالملك؛ لأن هذه الألفاظ متى ذكرت مقرونة بالبدل ولم يتقدمها لفظ الصلح وأنها تستعمل للمساومة في العرف والعادة؛ لأن الإنسان في العرف لا يطلب تسليم الدار وتركها ببدل إلا بالتمليك من جهة المخاطب؛ لأنه لا يطلب تمليك ملك نفسه ببدل، والمساومة وطلب التمليك من الغير إقرار بالملك له.

ولو ذكر هذه الألفاظ ولم يذكر بدلًا لا يكون إقرارًا؛ لأنه من غير ذكر البدل لا يستعمل للمساومة عرفًا ولا يكون طلب التمليك منه عادة؛ لأن الإنسان يطلب من غيره تمليك تسليم داره إليه بأن غصبه منه أو أودعه عنده.

ولو اصطلحا على أن يسلم أحدهما دارًا والآخر يسلم له عبدًا لم يكن إقرارًا؛ لأن لفظة الصلح تستعمل لتسليم الخصومة وترك الدعوى والإبراء عنها لا لطلب التمليك والمساومة.

ولو اشترى دارًا من رجل، ثم قال لآخر سلم لي شراءها بألف لم يكن إقرارًا؛ لأنه لما اشترى من غيره فقد أقر بأن الحق له فلا يعبر بعد ذلك أن الحق فيهما لغيره؛ لأنه يصير مكذبًا لنفسه فيما أقر للأول والإنسان لا يكذب نفسه ما أمكن ولكن يكون هذا طلبًا منه أن يترك المنازعة معه في هذه الدار بخلاف ما لو قال ابتداءً سلِّم لي شراءها بألف كان إقرارًا لأنا لو جعلناه مساومًا وما لا يصير مكذبًا فيما أقر به لأحد قبل ذلك فجعلناه مساومًا باعتبار العرف والعادة.

(فصل)

مسائله على قسمين:

أحدهما: في الأقوال المفردة.

والثاني: في الأقوال المقرونة بالأفعال.

أما القسم الأول: أصله أن جواب الخطاب ينتظم إعادة ما في الخطاب ويرتبط به لقوله تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ [الأعراف: ١٧٢] معناه، قالوا: أنت ربنا

وقال الله تعالى: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾ [الأعراف: ٤٤] أي: وجدنا ما وعدنا ربنا حقًّا وليفيد الكلام فائدته وهو الإعلام والإفهام وكل كلام لا يصلح لابتداء الخطاب ويصلح للبناء والجواب، فإنه يجعل للبناء ومربوطا بالخطاب حملًا لكلام العاقل على الصحة والصواب وكل ما يصلح للابتداء لا للبناء ويصلح لهما، فإنه يجعل للابتداء؛ لأنه وقع الشك في كونه جوابا للخطاب حتى لا يلزمه المآل بالشك.

لو قال: لي عليك ألف درهم، فقال: نعم يكون جوابًا لكلامه فينتظم إعادة الكلام فيصير كأنه قال: لك علي ألف.

وكذلك لو قال لرجل: أخبر فلانًا أن له عليك ألف، فقال: نعم، يكون إقرارًا.

وكذلك ثوب في يديه فقال: وهب لي فلان، فقال: نعم، أو قال: صدق، أو قال: أجل، أو قال ذلك بالفارسية فهو إقرار؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل للجواب؛ لأنها لا تصلح للابتداء، فإنه لو ابتدأ به لا يفهم له معنى.

وكذلك لو قال: ادفع إليّ عبدي هذا أو رد عليّ ثوبي هذا أو افتح باب داري هذه أو خصص داري هذه أو أسرج دابتي هذه فقال: نعم، يكون إقرارًا.

ولو قال: لي عليك ألف درهم، فقال: أتزنها، أو أتنقدها، أو اقعد فاقبضها أو خذها أو لم تحل بعد، أو قال: غدًا، أو أرسل من يتزنها ويقبضها، أو قال: ليست بمتهيأة وميسرة اليوم، أو أخرها عني أؤديها، أو قال: ما أكثر ما يتقاضنيها، أو عممتني بها، أو حتى يدخل غلامي، أو يقدم غلامي، أو قال: أحل بها على غرمائك، أو قال: قضيتكها، أو أبرأتني، أو حللتني منها.

فكلها إقرار؛ لأن هذه الكلمات تصلح للبناء لا للابتداء؛ لأنه ذكرها مع حرف الكناية والكناية لا تستقيم إلا بذاتها، وإنما تذكر عقيب المكنى عنه ليصير مذكورًا بالكناية، فكلمة حتى لا يبتدأ بها الكلام فإنها من حروف العطف فيكون للبناء والجواب ينتظم إعادة ما في الخطاب.

ولو قال: اِتزن أو إنتقد أو خذ أو أخر أو سوف أعطيك ولم يذكر مع حرف

الكناية لا يكون إقرارًا؛ لأنه يصلح للابتداء وللبناء، فإنه يستقيم أن يقول له المخاطب ماذا أترك أو أنقد فيقول سببًا آخر غير الألف التي تقدم ذكرها، وإذا صلح لما جعل للابتداء حتى لا يلزمه المال بالشك وهكذا لو تكلما بالفارسية إلا أن كلمة الشين في الفارسية قائمة مقام ها الكناية حتى قالوا لو قال لآخر هنا ردرم لي مرابر بوست يستحس أو بركشش أو قال بسه دورش أو قال يد همس أو قال فردا بدهمس يكون إقرارًا، ولو قال ذلك بغير شين بأن قال له بسح أو تكبر أو كبسه دون لا يكون إقرارًا، ولو قال لسه دورس كسرا الزاي أو قال بركشش بكسر الشين الأولى قيل لا يكون إقرارًا والأصح أنه يكون إقرارًا؛ لأن هذا الكلام في عرف الناس استهزاء ومسخرة في الأداء مع وجوب الحق في الذمة.

ولو قال: ادفع إلي عبدي الذي غصبتني أو أودعتك فقال غدًا فهو إقرار؛ لأن قوله غدًا لا يصلح للابتداء ويصح للجواب فيحمل على الجواب تصحيحًا لكلامه.

ولو قال: أقرضتك مائة شاهته فقال: لا أعود لها أو لا أعود بعد ذلك فهو إقرار؛ لأن ألفًا كناية عن المائة المذكورة المقدمة وذلك إشارة إلى ما تقدم ذكره وهو الاستقراض، فيكون جوابا فينتظم إعادة الكلام الأول فيصير كأنه قال أقرضتني المائة لا أعود إلى استقراض المائة بعد هذا.

ولو قال: ما استقرضت من أحد سواك أو من آخر قبلك أو قال لا أستقرض من أحد بعدك لم يكن إقرارًا؛ لأن الاستقراض يستعمل لسؤال القرض؛ لأنه استفعال من القرض والاستفعال مستعمل للسؤال ويستعمل للقرض والقبض كما يقال استقرض من فلان أي قبض منه القرض، فإذا قاله مبتدئًا حمل على القبض ومتى يقدمه جحد ونفي حمله على السؤال فقد نفي سؤال القرض من غيره وأثبته منه فكأنه قال سألت منك القرض ولم أسأل من غيرك، ولو صرح بهذا لا يكون إقرارًا فكذا هذا، ولو قال مالك علي الأمانة أو سوى مائة يكون إقرارًا يكون الاستثناء من النفي إثبات، وكذلك لو قال مالك علي أكثر من مائة؛ لأنه نفى الأكثر من مائة ونفي الأكثر من مائة لا يتصور إلا بعد ثبوت المائة؛ لأنه لو لم تكن المائة ثابتة يكون ذلك نفي الكل، ولو قال: مالك علي أكثر من مائة ولا أقل لا يكون إقرارًا، ولو قال مالك

علي أكثر من مائة ولا أقل من مائة قيل لا يكون إقرارًا كما إذا نفى الأقل مطلقًا وقيل يكون إقرارًا بمائة، وكذا ذكر في بعض روايات هذا الكتاب وهو الأصح فقد فرق بين هذا وبين ما إذا نفي الأقل مطلقًا، والفرق وهو أنه متى نفي الأقل مطلقًا فهذا النفي كما يتناول نفي ما دون المائة يتناول المائة؛ لأن المائة قليل بمقابلة ما هو أكثر منها فانتفت المائة وما دونها بقوله ولا أقل فانتفت الزيادة على المائة بقوله ولا أكثر من مائة فانتفى الكل فصار كأنه قال: مالك علي قليل ولا كثير، فأما إذا نفى الأقل مقرونا بمائة فما نفى الأقل مطلقًا بل نفى أقلًا موصوفا بصفة كونه ما دون المائة، فإنه قال ولا أقل من مائة فلا تدخل المائة تحت النفي فقد نفي الأكثر والأقل من المائة وما نفي المائة ونفي الأقل والأكثر من المائة لا يتصور إلا بعد وجوب المائة فصار كأنه قال ما وجب لك علي مائة ليس بأكثر ولا بأقل منها، ولو قال الطالب لي عليك ألف فقال المطلوب لا بل تسعمائة فعليه تسعمائة؛ لأن كلمة لا بل لاستدراك الغلط فكأنه قال غلطت بدعوى الألف بل الواجب هو تسعمائة.

وأما القسم الثاني: لو قال: وجدت في كتابي أو تذكرتي أو حسابي أو بخطي أو كتبت بيدي أن لفلان عليّ ألف شاهية فهو باطل؛ لأنه أقر بالوجود لا بالوجوب؛ لأنه أقر أنه وجد مكتوبًا أو فعلًا هو كذا والوجود لا يدل على الوجوب؛ لأنه قد يجد في كتابه مكتوب غيره وقد يكتب ممتحنًا للخط فلا يكون إقرارًا بالوجوب بالشك.

وذكر أبو الليث في نوازله: لو ادعى على آخر مالًا وأخرجه بذلك خطًا بخط يده على إقراره له بذلك المال وأنكر المُدَّعَى عليه أنه خطه فاستكتب فكتب فكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة على أنهما خط كاتب واحد. قال أئمة بخارى: إنه حجة يقضي بهذا وقد نص محمد هنا أنه لا يكون حجة؛ لأن هذا لا يكون أعلى حالا مما لو أقر فقال هذا خطي وأنا كتبته غير أنه ليس عليَّ هذا المال كان القول قوله ولا شيء عليه، ولو قال كتبت لفلان عليّ صكًا بألف أو قال كتبت بخط يدي شهادة فلان وفلان إن لفلان عليّ ألف فهو إقرار؛ ولأن الصك لا يكتب إلا بمال واجب وكذا الخط مع شهادة الشهود لا يكتب إلا بمال واجب هذا هو الظاهر؛

ولأنه أقر بالإشهاد على ما في الصك؛ لأن الصك في اللغة عبارة عن الضرب قال الله تعالى: ﴿فَصَكَّتْ وَجْهَهَا﴾ [الذاريات: ٢٩] أي: ضربت وجهها والمراد هنا ضرب الشهود أيديهم على الصك بكتبه الشهادة لا ضرب الكاتب؛ لأن ما سوى الصك من الكتب لا يسمى صكًا وإن وجد فيه ضرب الكاتب فعلمنا أن الصك إنما اختص بهذا الاسم لما فيه من ضرب الشهود أيديهم بكتبه الشهادة، وإذا كان الصك لا يكون صكًا إلا بعد الإشهاد عليه كان الإقرار بكتبه الصك إقرارًا بالإشهاد على ما في الصك اقتضاء وكتبه الصك والإشهاد عليه كان إقرارًا فكذا هذا.

ولو كتب بخطه صكا فقيل يشهد به فقال نعم يكون إقرارًا؛ لأنه أمرهم بالإشهاد على ما في الصك وذلك دليل تقرر وجوب المال وتأكده، فأما إذا لم يقل شيئًا هل لهم أن يشهدوا عليه وهل يكون ذلك إقرارًا بالمال أم لا؟ قيل: لا يكون ما لم يكن ثمة كلام يدل على الوجوب، إذ يحتمل أنه يكتب هذا الصك للتعلم ولِلتجربة للخط وقيل يكون إقرارًا؛ لأن الإنسان لا يكتب الصك على هذا الصك للتعلم وتجربة الخط عادة وكتابة الصك على نفسه إن لفلان عليه ألف درهم دليل وجوب المال عليه ظاهرًا والأحكام تبنى على ما عليه من الأمور الظاهرة، ولو قال لآخر: لا تشهد لفلان عليَّ بألف شاهية لا يكون إقرارًا؛ لأن النهي إنما يكون عما هو قبيح محظور شرعًا وشهادة الزور قبيحة محظورة شرعًا فيكون هذا نهيًا عن شهادة الزور فيكون إنكارًا للمال حتى لو قال أشهد لفلان بألف على دار إقرارًا؛ لأن الأمر بالإشهاد عليه إنما يكون بما هو إقامة ما هو حق مستحق شرعًا، وكذلك لو قال: ما لفلان عليّ شيء، فلا تخبره بأن له علي ألفًا، أو قال: لا تقل إن له عليَّ ألفًا لم يكن إقرارًا، ولو قال ابتداء لا تخبر فلانًا أن له عليّ ألف درهم أو لا تقل إن له علي ألف درهم كان إقرارًا، والفرق أن النهي حقيقة للمنع عن المنهي عنه فاقتضى بكون المنهي عنه حتى يستقيم المنع عنه والإخبار لإخبار المظهر به والمنهي عن الإظهار لا يتحقق إلا بعد أن يكون الإظهار وإنما يتكون الإظهار إذا كان لفلان عليه ألف حتى يستقيم النهي عن الإظهار فاقتضى النهي عن الإظهار تقدم الوجوب عليه بخلاف ما إذا تقدمه النفي؛ لأنه لا يمكن العمل بحقيقة النهي؛ لأنه لما نفى أولًا فقد أخبر أنه ليس

عليه شيء، علمنا أنه أراد بالنهي النفي مجازًا والنهي قد يراد به النفي مجازا لما رُوي "**أنه عليه السلام نهى عن بيع الحر**" والمراد به النفي؛ لأن بيع الحر لا يتصور لعدم المحلية والنفي لا يقتضي تكوّن المنفي عنه.

وذكر الناطفي في "أجناسه" عن الكرخي أنه قال: لا تخبر كقوله: لا تشهد، لا يكون إقرارًا في الحالتين جميعًا ليكون نهيه عن الإخبار والشهادة محمولا على ما هو حق لا على ما هو باطل؛ لأنه إذا لم يكن عليه شيء يكون نهيًا له عن التحدث بالكذب والباطل فيكون النهي بحق، فإذا عليه شيء يكون النهي عن التحدث به نهيًا عن الصدق فيكون نهيًا بغير حق فلا يصح، فالصحيح هو الفرق بينهما على ما مر بخلاف الشهادة؛ لأنها إيجاب وإثبات شرعًا وعرفًا لا إظهارًا، ولهذا لو رجع الشاهد ضمن؛ لأنه أوجب بغير حق والنهي عن الإيجاب لا يقتضي تقدم الوجوب بل يقتضي عدمه فكان النهي عن الشهادة نهيًا عن الإيجاب بغير حق فأما الإخبار إظهار والنهي على إظهار الألف يقتضي تقدم الوجوب عليه لما بينا.

[(**المنتقى**)][1] مسائله على فصلين:

أحدهما: في صريح الألفاظ ومفصحها.

والثاني: في مكنيِّها ومدلولها.

(فصل)

ولو قال: لي عليك ألف درهم فقال المُدَّعَى عليه ولي عليك ألف درهم لم يكن إقرارًا، ولو قال: لي عليك مثلها كان هذا إقرارًا بألف المدعى بها؛ لأن من ضرورة كون الثاني مثل الأول ثبوت الأول فيثبت الأول ضرورة وكناية.

ورُوي عن أبي يوسف في (**المنتقى**) في موضع آخر: لو قال المُدَّعَى عليه ولي عليك مثلها أو قال ولي عليك أيضًا مثلها أو قال لرجل أعتقت غلامك فلانًا فقال وأنا أيضًا قد أعتقت غلامك أو قال قتلت فلانًا فقال وأنا أيضًا قتلت فلانًا فهذا كله

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الزيادات.

لا يكون إقرارًا؛ لأنه تشبيه أنه ادعى في مقابلته، وقال محمد يكون إقرارًا في ذلك كله؛ لأنه بالجواب صدقه في السؤال.

ولو قال: لهذا علي ألف درهم مثل ما لهذا علي دينار كان للأول عليه ألف درهم وللثاني عليه دينار فلو قال لهذا علي مثل ما لهذا ولم يكن أقر للآخر في مجلسه ذلك بشيء، فإنه يقر لكل واحد منهما بما شاء، فإن أقام الأول البينة أن له عليه ألف درهم لم يستحق الآخر ألفًا وكان له أن يقر بما شاء؛ لأنه يثبت الألف عليه خبرًا بالقضاء لا بإقراره.

ولو قال المُدَّعَى عليه عند القاضي كل ما يوجد في مذكرة المدعِي بخطه فقد التزمته، قال: هذا ليس بإقرار؛ لأنه قيده بشرط لا يلائمه فإنه ثبت عن أصحابنا أن من قال كل ما أقر على فلان فأنا مقر له به لا يكون إقرارًا؛ لأنه نسبه وعدًا.

ورُوي عن محمد: إذا قال الرجل: لي عليك ألف درهم فقال المدعِي ما أبعدك من هذا لا يلزمه شيء؛ لأنه تبين بقوله ما أبعدك من ذلك أنه لم يرد به الإقرار حيث استبعده ذلك واستنكره.

ولو قال: ما أبعدك من الثريا قال هذا يلزمه؛ لأنه لم يصف التبعيد إلى الألف بل إلى الثريا يعني ما أبعدك هذا الدين من الثريا وكان مقرًا بوجوبه ضرورة.

ولو قال: لي عليك ألف درهم فقال أما خمسمائة فلا أو قال لا أعرفها فقد أقر بخمسمائة؛ لأنه نفي بعض المدعى به يدل على ثبوت الباقي.

ولو قال: أعطيتني الألف التي لي عليك فقال اصبر أو قال: سوف تأخذها، لم يكن إقرارًا؛ لأن هذا قد يكون استهزاء واستخفافًا به، وإن قال: أن تبرئها إن شاء الله هو إقرار والاستثناء ليس عليه وإنما هو على التبرئة والتبرئة تقتضي تقدم الدين.

ولو ادعى عليه ألفًا فقال المُدَّعَى عليه احسبها فهذا إقرار، ولو قال: أجبتك ما ادعيته ليس بإقرار، ولو قال: قد أعطيتكها فهو إقرار لأنه جواب له، ألا ترى لو قال: أَخِرْ عني هذه الألف، كان إقرارًا، ولو قال: لا أعطيكها لم يكن إقرارًا ألا ترى أنه لو قال: اشهدوا أن عبدي حر لا يعتق؛ لأنه ما أقر أنه أعتقه، ولو قال: لا يشهدوا علي بعتق عبدي هذا كان حرا؛ لأنه قد أقر أنه أعتقه حيث أضاف الفعل إلى نفسه،

ولو ادعى على رجل ألف درهم فقال المُدَّعَى عليه قد أعطيتك دعواك وأخر عني دعواك شهرًا فليس بإقرار؛ لأنه يحتمل: أعطيتك جواب دعواك ويحتمل أخرني شهرًا لأستعِدَّ جواب دعواك، وإن قال أخر عني دعواك حتى يقدم مالي فأعطيكها، ينظر إن قال فأعطيك جواب دعواك فليس بإقرار وإن قال أعطيكها يعني الألف فهو إقرار.

(فصل)

رجل أقر له في قميص في يده أنه من خياطة فلان أو بناء هذه الدار من بناء فلان لم يكن إقرارًا، وكذلك لو قال: هذا الدقيق من طحين فلان لم يكن إقرارًا وكذلك كل عمل فرق بين هذا وبينهما لو قال: هذا الطعام من زرع فلان فهذا إقرار له به؛ لأن الغالب هنا الملك دون العمل فيحمل هذا على الغالب وهو الملك فقد أضافه إلى العمل وفسّره بالملك وفيما تقدم الغالب هو العمل دون الملك، وكذلك لو قال هذا التمر من نخل فلان وهذا من أرضه أو بستانه فهو إقرار له، ولو قال هذا الصوف أو هذا اللبن أو هذا السمن أو هذا الجبن من غنم فلان وقال فلان أنا صنعته وهو من غنمي فهو إقرار له وكذلك أولاد الحيوان كله، بخلاف ما لو قال هذا الولد من جارية فلان لم يكن إقرارًا؛ لأن هذا حمل نسب على غيره وهي الأم، ولهذا قال أبو يوسف: لو كانت جارية في يدي رجل وابنتها في يد آخر فأقام رجل البينة أن هذه أمته فأخذها لم يكن له على البنت سبيل، ولو أقام رجل البينة على نخل في يدي رجل أنه نخله وتمر هذا النخل في يدي غيره أخذ النخل والتمر جميعًا، ألا ترى أنه لو أوصى بغلّة نخلة عشر سنين جاز، ولو أوصى بما يلد غنمه عشر سنين لا يجوز، ألا ترى لو قال أم أمتي هذه مملوكة لفلان أي لا أتبعها ولدها استحسانًا لمكان العتق، ولو قال لرجل هذا العبد ابن أمتك وهذا الجدي ولد شاتك لم يكن إقرارًا إلا إذا قال ولديه في ملكك كان إقرارًا منه بأنه له. رجل قال: هذا الكيس لفلان فهو له بما فيه من الدراهم، فإن قال عنيت الخرقة دون الدراهم لم يصدق، كذلك لو قال: هذه القوصرة وفيها تمر أو هذا الجراب وفيه دقيق أو هذه الجوالق وفيه حنطة لفلان فهو له بما فيه؛ لأن هذا إنما يقع على ما يصيبه الناس ويتعاملون به، وكذلك الجواب في البيع والوصية لو قال أوصيت له بهذا الجراب أو

بهذه القوصرة أو بهذا الدن فهو له بما فيه، وكذلك ما أشبه هذا مما تفرع من طرفه على هذا يتعاملون الناس به بخلاف ما لو نظر إلى زق سمن فقال هذا الزق لفلان كان على الطرف بعينه، ولو قال تبن هذه الحنطة لفلان فالتبن له لا غير، ولو قال حنطة هذا السنبل لفلان فالحنطة والسنبل لفلان؛ لأن السنبل تبع الحنطة بمنزلة بناء الدار تبع للدار، ولو قال أوصيت بحنطة هذا السنبل لفلان فله الحنطة دون السنبل؛ لأن الوصية تمليك فيثبت الملك له بقدر ما ملكه بخلاف الإقرار؛ لأنه إخبار عن كائن سابق أنه ملك الحنطة من وقت الخلقة مع السنبلة، ولو قال هذا القباء لفلان فالقباء كله لفلان؛ لأنه اسم للكل والبطانة تبع للظهارة، ولو قال هذه البطانة لفلان، فإنه ضامن للبطانة؛ لأنه أحدث في البطانة صنعة متقومة صيرتها هالكة من وجه وهي الخياطة والتصريف على الظهارة.

ابن سماعة عن أبي يوسف: لو قال: لك علي ألف درهم حرام أو ربا وباطل وزور فهي له لأني لا أدري لعل الحرام عنده حلال جائز ولعل الربا عنده ليس بربا، ولو قال: من ثمن خمر أو خنزير وهما مسلمان وقال الطالب بل هي من ثمن بر فالمال لازم للمطلوب عند أبي حنيفة مع يمين الطالب وعندهما القول للمطلوب مع يمينه ولا شيء عليه، ولو قال من ثمن ميتة أو حر كان باطلًا.

(**الفتاوى**): ولو قال لي عليك ألف درهم فقال الآخر مع مائة دينار قيل لا يكون إقرارًا؛ لأنه أضاف الإقرار إلى الدنانير وهي غير واجبة فكذلك الألف التي أضاف إليها وقال الفقيه أبو الليث: ينظر إن كان المدعِي لو ادعى الدنانير عليه فله أن يأخذ منه ألف درهم؛ لأن الظاهر كلام المُدَّعَى عليه أنه أقر بما ادعى وزيادة، ولو قال: جميع ما في بيتي لفلان كان إقرارًا، ولو قال جميع ما في بيتي بعت من فلان جاز البيع، ولو قال جميع ما أملك بعت من فلان فالبيع فاسد، ولو قال جميع ما في بيتي لفلان وهو داخل منزله غير ما عليه من الثياب فجميع ذلك ملكها قضاء ولا يملكها ديانة إذا لم يكن بينهما سبب صحيح للملك كالبيع والهبة مع التسليم، فإنه ذكر في فتاوى الفضلي لو أقر بعين لأخوين غير أن يكون بينهما بيع أو هبة أو سبب صحيح صح قضاء ولا يصح ديانة، فإن أراد المقر بإقراره تمليكًا مبتدأ لا يملك؛ لأن الإقرار إخبار لا تمليك وعن هذا لو قال لامرأته: هذا البيت وما أعلق عليه بأنه لها يكون

لها البيت بما فيه من المتاع، ولو قال بعتك هذا البيت وما أعلق عليه، فإنه لا يدخل المتاع في البيت، ولو قال: ابن بيده تراست، قال الفقيه أبو جعفر الهندواني: يكون إقرارًا، ولو قال: ابن بيده تراب، فهو هبة لا يجوز إلا بالقبض وفي فتاوى النّسفي لو قال ابن جانة: فلان را، فهو تمليك، ولو قال: فلان راست، فهو اقرار، ولو قال لابنه ابن مال تراكردم أو بنام بوكردم أو أن بوكردم أو كلامًا يجرى مجراه فهو تمليك وقبض الأب كافي، فإنه ذكر في الزيادات لو كان لرجل ابن صغير أو كبير معتوه وللابن مال ورثه من أمه أو جعله له أبوه فقوله: جعله له أبوه، يدل على أن هذه اللفظة صالحة لتمليك المال.

وذكر في (المنتقى): لو قال: أرضي هذه لولدي فلان وهو صغير فهذه هبة وإشهاده هو قبض لها، ولو قال: داري لولدي الأصاغر، فإن هذه هبة وهي باطلة إذا لم يبين من هم، فإن قال هذه الدار للأصاغر من ولدي فهو إقرار وهي لثلاثة من أصغرهم، ولو قال: لفلان ثلث دراهمي هذه كانت هبة، ولو قال: ثلث هذه الدراهم كان إقرارًا.

(**الجامع**): أصله أن كل كلام لا يستقل بنفسه وهو صالح للتصديق والرد ينظر إلى غلبة الاستعمال، فإن كان يستعمل للتصديق غالبًا يجعل للتصديق لقوله: نعم ولا بل لأنه يستعمل للتصديق غالبًا، فإن كان يحتمل غيره، فإن أراد بنعم الإنعام وأراد ببلى غير الجواب لكنه لم يصلح جوابًا وقد استعمل في موضع الجواب فيجعل للتصديق، وإن كان يستعمل للدعاء غالبًا كقوله اقعد واتزن أو فانتقد أو خذ لا يكون تصديقًا لما بيّنا وقال لآخر لي عليك ألف درهم دين فقال: الحق أو اليقين أو الصدق أو قال: حقًّا أو يقينا أو صدقا كان إقرارًا؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل للتصديق غالبًا سواء ذكرها بالرفع أو بالنصب إن ذكره منصوبًا كان تقديره كأنه قال: ادعيتَ وقلت الحق، وإن ذكره مرفوعا كان تقديره كأنه قال ما قلته أو ادعيته الحق، وكذلك لو كرر الحق الحق أو حقًّا حقًّا؛ لأن التكرار يوجب التأكيد، ولو قال الحق حق لم يكن إقرارًا؛ لأن قوله الحق ابتداء وقوله حق خبر كما يقال زيد عالم أو قائم والمعرفة يجوز أن يذكر خبره ما هو نكرة كما يقال هذا الرجل عالم ولا يستقيم إن تبعت المعرفة بالنكرة وإنما تبعت بالمعرفة فيقال الرجل العالم ولا يقال الرجل

عالم على سبيل النعت؛ لأن النعت إنما يذكر للتعريف والتعريف لا يحصل بالنكرة فأما الخبر إنما يذكر ليصير الكلام تامًّا مفيدًا ويتمّ ويفيد إذا كان خبره نكرة، وإذا كان هذا كلاما تامًّا مستقلًّا بنفسه لم يجعل جوابًا للمدعي بخلاف ما لو قال الحق الحق؛ لأنه لم يذكر الحق الثاني للخبر وإنما ذكره على سبيل النعت كما يقال الرجل العالم والنعت مع المنعوت شيء واحد فكأنه يذكر الحق مرةً واحدة نظيره لو قال: فلانة طالق ثلاثًا وفلانة طالق تطلق الثانية واحدة؛ لأنه كلام مستقل بنفسه؛ ولأن قوله الحق حق لا يستعمل للجواب لا تصديقًا ولا ردًّا، ولو قال الصلاح البر لم يكن إقرارًا؛ لأن البر المفرد يستعمل للرد غالبًا لا للتصديق أي عليك بالبر فيكون أمرًا إياه بالبر ولم يكن نهيًا عن الكذب فصار كأنه قال كذبت فما ادعيت، ولو قال الحق البر واليقين البر أو الصدق والبر يكون إقرارًا؛ لأن البر المقرون بالحق والصدق يستعمل في التصديق؛ لأنه يجوز أن يستعمل اللفظ في شيء تبعًا لغيره، وإن كان لا يستعمل فيه مقصودًا لقول العرب جائع بائع وجائر ثائر وعطشان بطشان فصار كأنه قال صدقت وبررت، ولو قال الحق الصلاح أو البر الصلاح لم يكن إقرارًا؛ لأن قرن البر والحق بما لا يكون تصديقًا؛ لأن الصلاح لا يكون للتصديق غالبًا عرفًا، فإنه قلّ ما يقال صدقت وصلحت وإنما يستعمل في الرد أي: عليك بالحق والصلاح فيكون أمرًا إياه بالخير والصلاح ونهيًا إياه عن الكذب فمتى ذكر الصلاح في آخره بيّن أنه أراد بالحق الرد لا التصديق، والحق يحتمل الرد أي عليك أن تدعي ما هو حق فيكون أمرًا إياه بالحق والصلاح ونهيًا عن الكذب.

(باب الإقرار بالكتابة والرسالة)

الكتب ثلاثة أنواع: رسالة، وكتاب صك، وكتاب حساب.

أما كتاب الرسالة: فهو أن يكتب على بياض برسومه وتصديره يبدأ بالتسمية ثم الدعاء ثم يكتب أما بعد، فإن لك عليّ من قبل فلان كذا درهمًا يسع من عاين ذلك أن يشهد عليه بالحق، وإن لم يشهده استحسانًا لا قياسًا؛ لأن كتابة الحق محتملة قد يكون الإقرار منه وقد يكون لامتحان الخط ولامتحان الكاتب فلا يحل لمن عاين ذلك أن يشهد عليه بالحق إلا بعد الإشهاد على ذلك ليزول الاحتمال، كما لو كان

كتاب الرسالة مكتوبًا على خرقة أو على لوح أو خزف، وجه الاستحسان: أن كتاب الرسالة أقيم مقام الخطاب والمشافهة شرعًا وعرفًا، أما شرعًا فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان مأمورًا بالتبليغ، وقد بلغ البعض بالخطاب والبعض بالكتاب، فإنه كان يكتب إلى أصحابه في الأمصار وإلى أعدائه في الأقطار مملوءًا بالنواهي والأوامر وأما عرفًا، فإن الكاتب عاجز عن مخاطبة الغائب بالمشافهة فأقام الكتابة والرسالة مقام المخاطبة تحقيقًا للمرام فكان بمنزلة الإقرار. ومن شرائط الرسالة ورسومها أن يكون مكتوبًا في بياض لا على خرقة أو لوح فلا يقوم الكتاب على الخرقة واللوح مقام الخطاب، وكذلك لو كتب غير مرسوم على القرطاس مستبينًا أن لفلان عليه حق كذا لا يجوز إلا إذا قال اشهدوا بما كتبت فيجوز لهم؛ لأنه لا يكون في معنى الخطاب باعتبار عادات الناس فلا بد من المخاطبة؛ لأنه يحتمل أن يكون للإقرار ويحتمل أن يكون لتجربة الخط والامتحان بخلاف المرسوم؛ لأنه يترجح جهة الإقرار باعتبار العادة، ولو كتب فيه ذكر حق على نفسه، ثم قال اشهدوا به ولم يعلموا بما فيه يجوز إذا كتب بين أيديهم وأملاه، وإن لم يكونوا حاضرين لا يجوز؛ لأن المقصود من قراءة الكتاب هو العلم بما فيه وقد علموا ذلك لما عاينوا كتابته وأملاه على غيره، ولو كتب رسالة على خرقة أو لوح لم يجز إلا إذا قال اشهدوا فيجوز. كتب وقال لقوم حضور: اختِموا ولم يقل اشهدوا لا يكون إشهادًا؛ لأن الأمر بالختم صحيح من غير إشهاد فلم يتضمن الأمر بالختم أمرًا بالإشهاد اقتضاء؛ ولأن الأمر بالختم لا يقطع احتمال الكتاب ولا لزوم المال عليه، ولو قالوا اختم فقال اشهدوا كان جائزًا؛ لأنهم طلبوا منه الختم فقد أجابهم بالإشهاد عليه فكان هذا كلاما مبتدأ وليس بجواب لما طلبوه من الخطاب فيصح لهذا ولو كتب كتاب الرسالة بحق ثم محى الكتاب أو خرقه والشهود حضور حل لهم أن يشهدوا عليه؛ لأن الكتابة صارت إقرارًا والإقرار لا يبطل بالرجوع فكيف يبطل بالمحي وكذلك الطلاق والعتاق؛ لأن الصك لا يكتب ليقوم مقام الخطاب وإنما يكون للتذكرة والتذكرة تحصل بالكتابة والكتابة محتملة بين أن تكون للامتحان والاختبار وبين أن تكون للإقرار ولأن الصك قد يكتب قبل إتمام المعاملة كمراوجة تجري بين

الكاتب والمكتوب عليه، فإن عزموا على إمضائها أشهدوا عليها وإلا أمسكوا عنها، ولهذا لا يحل لمن عاين إملاء من يكتب عليه الصك أن يشهدوا عليه وإن سمع إقراره بالبيع والشراء لاحتمال أن كتابة الصك قبل إتمام المعاملة كمراوحة تجري بينهما فلا يحل لمن عاين ذلك أن يشهد على المكتوب عليه ما لم يزل الاحتمال بالإشهاد عليه، ولو قرأ رجل على رجل صكًا فقال أشهد عليك بما فيه فقال نعم فسمع آخر يسعه أن يشهد عليه؛ لأنه وقع له العلم بما في الصك كما وقع للأول كتب على نفسه صكًا قدام رجلين وقال: اشهدوا عليه ولا يعلمون ما فيه لا يجوز؛ لأن الإشهاد هو الإعلام ليشهدوا عليه بما علموا عند الحاجة ولم يوجد.

وأما كتاب الحساب ولو كتب بمداد في صحيفة حسابه أو غيرها لم يلزمه إلا أن يقول اشهدوا؛ لأنه لا يكتب ليقوم مقام الخطاب وإنما يكتب للتذكرة والتذكرة تحصل بالكتابة فلا تقوم مقام الخطاب فتعينت العبرة للكتابة وهي محتملة فلا يرتفع الاحتمال بالإشهاد. كتب في صحيفة بيضاء تستبين أو على الأرض وقال اشهدوا أو أقر عند القاضي أنه كتبه لم يلزمه؛ لأنهم إنما عرفوا المكتوب بنوع الظن من الاستدلال لجواز أن المكتوب شيئًا آخر غير ما كتبه الكاتب وبالعلم من حيث الظن والاستدلال من حيث اليقين والإحاطة لا يحل لهم الشهادة.

(باب الإقرار بالمجهول)

(المبسوط): فيه فصول:

فصل: في الإقرار بالغصب أو بالمال المجهول.

والثاني: في الإقرار بحق أوكسبه.

والثالث: في الإقرار بعين مجهولة الصفة.

(فصل)

أصله: أن جهالة المقر به لا يمنع صحة الإقرار؛ لأن الجهالة متوقعة الزوال بالبيان به والخبر على البيان مفيد؛ لأن الإجمال والاتهام جاء من جهته وفي الخبر

على البيان إيصال الحق إلى صاحبه وبالبيان يصير المقر به معلومًا لو أقر بأنه غصبه شيئًا يلزمه أن يبين ما له قيمة مع يمينه، فإن بين ما له قيمة وكذبه المقر له وادعى مالًا آخر بطل إقراره والقول قوله فيما ادعى المقر له مع يمينه؛ لأن الإقرار يبطل بالتكذيب فنفى الدعوى مجردًا فيكون القول للمنكر فردًا وإن بين ما ليس بمال كحبة حنطة وكذبه المقر له لا يصدق إلّا فيما يقصد بالغصب عادة؛ لأن ما لا يقصد بالغصب عادة لا ينطلق عليه اسم الغصب فلم يكن هذا بيانًا بل يكون رجوعًا عما أقر به وإن بين ما ليس بمال ولكنه يقصد بالغصب عادة كالمرأة الحرة والولد الصغير، قال مشايخ بلخ: يصح بيانه؛ لأن اسم الشيء يتناول كل موجود المال وغيره وقد ينطلق عليه اسم الغصب فيكون بيانًا وقال مشايخ بخارى: لا يصح بيانه ويجبر على أن يبين مالًا متقومًا وإليه أشار في الكتاب، فإنه قال لو أقر أنه غصب شيئًا فهو ضامن إن كان هالكًا وعليه رده إن كان قائمًا ووجوب رد العين أو القيمة إنما يتحقق إذا كان المغصوب مالًا وذلك لأن مطلق اسم الغصب في متعارف ومتعاهد الشرع تناول أخذ مال متقوم؛ لأن في العرف مطلق اسم الغصب ينصرف إلى ما هو مال؛ لأنه يقصد بالغصب غالبًا ولا يقصد بالغصب ما ليس بمال غالبًا، ولو أقر بغصب عبد أو شاةٍ ولم يعينه يلزمه ذلك المسمى فالقول له في تعيينه إن كان قائمًا وقيمته إن كان هالكًا مع يمينه؛ لأنه أقر بغصب مال متقوم وأجمل وصفه ونوعه فيجبره القاضي على بيانه، فإن لم يبين بعد الإجبار ألزمه أدنى ما يغصب الناس من ذلك الجنس وفي الإقرار بغصب الشيء لا يمكن إلزام شيء فلا يلزمه، ولو قال غصبته هذه الأمة أو هذا العبد فادعاهما المقر يقر الغاصب بأيهما شاء ويحلف على الآخر؛ لأنه أقر بغصب أحدهما فيجبر على البيان، فإذا بين أحدهما يلزمه تسليمه ويحلف على الآخر؛ لأنه ادعى زيادة على ما أقر به وهو ينكر فيكون القول له مع يمينه، ولو عين المقر له أحدهما يستحلف الغاصب عليه، وإن حلف برئ كما في سائر الدعاوى، ولو قال لفلان عليّ دينار أو درهم لا يلزمه شيء قياسًا؛ لأنه متى أدخل حرف الشك أو التخيير بينهما لم يلزم واحد من المالين بعينه ولا يجوز أن يلزمه ويلزمه الأقل ويستحلف على الأكثر وهو الدينار إن ادعاهما استحسانًا؛ لأن الأقل

متيقن باعتبار المالية؛ لأن قدر مالية الأقل مستحق عليه بيقين؛ لأن الدراهم والدنانير جعلا كجنس واحد في الأحكام والعبرة للمالية لا للصورة، ولو قال علي ألف درهم ودينار أو كر حنطة لزمه الألف والأقل من الدينار والكر؛ لأنه شك في الحنطة والدينار دون الألف، ولو قال علي مائة أو نصفها فالنصف لازم لتيقننا به. قال علي ألف بيض أو سود لزمه الأوكس؛ لأنه متيقن أقر أن لفلان عليه عبد أو شاة أو بقرة ثم أنكر يقضي بقيمة عبد أو شاة وسط عند أبي يوسف، وقال محمد: القول قوله في قيمته؛ لأن المقر به مجهول الصفة فيكون البيان فيه إلى المقر ولا يتعين لوجوب المقر سبب؛ لأن إقراره صدر منه مطلقًا لم يتعرض فيه بسبب ما وبين الأسباب تعارض فلا يتعين منها، كما في الغصب لأبي يوسف أنه أقر بالعبد دينًا في الذمة ولن يجب العبد دينًا في الذمة إلا بمبادلة مالٍ بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فينصرف مطلق إقراره إلى سبب مباح يجب به العبد دينًا في ذمته ليكون حملًا لأمره على الصلح والسداد فصار كأنه صرح وقال لفلان علي عبد بمبادلة مال بما ليس بمال يتعين فيه الوسط على وجه يكون الواجب مترددًا بين العبد وقيمته فأيهما أتى به جبر الطالب على قبوله فبالإقرار يثبت بهذه الصفة أيضًا، ولو قال عبد قرض يلزمه قيمة عبد والقول له في قيمته؛ لأنه صرح بسبب فاسد وهو قرض الحيوان؛ لأنه يتعذر حمله على سبب مباح والقرض في الحيوان لا يصح فيصار مضمونًا عليه بقيمته وكان القول في القيمة له؛ لأن الوجوب عليه، ولو قال علي دابة فعليه قيمة أي دابة شاء؛ لأن اسم الدابة يتناول أجناسًا مختلفة ولا يصح التزامها في شيء من العقود فوجب حمله على سبب فاسد وهو الغصب أو القرض الفاسد، ولو قال: عليه عقار أو نخل فهو محمول على الغصب فيحمل بأدنى ما يكون منه حتى يدفعه إليه، كما لو قال غصبته منه؛ لأن العقار لا يجب رده بعقد ما فيحمل على الغصب.

(فصل)

ولو قال: لفلان عليّ حق أو شيء فالقول قوله في البيان ولا بد من أن يبين ما له

قيمة؛ لأن كلمة علي للإيجاب في الذمة، وفي العرف يراد بالحق حق مالي يلتزمه بسبب المداينة ومطلق هذا اللفظ يفهم منه في العادة الدين فانصرف الإيجاب إليه عند الإطلاق والبيان إليه؛ لأنه هو المجمل، ولو قال أردت به حق الإسلام لا يقبل مفصولًا؛ لأن تفسيره بحق الإسلام معبرًا لمقتضى مطلق لفظه فيقبل منه موصولًا لا مفصولًا.

ولو قال: لفلان على عبده حق، ثم قال عينت الدين يتصدق؛ لأن كلمة علي للإيجاب في الذمة وما يجب في ذمة العبد إنما هو من الدين، ولو قال في عبدي أو في رقبته حق فهو على الشركة في رقبة العبد؛ لأنه يراد به إيجاب الحق في العين لا في الذمة، ولهذا لا يستقيم من الحر أن يقول لفلان في حق؛ لأن إيجاب الحق في عين الحر لا يصح وكان هذا تنصيصًا في الإقرار بما يوجب الشركة في الرقبة والقول قول المقر في مقدارها، ولو قال لفلان حق في عبدي هذا أو أمتي هذه فادعى الطالب حقًّا في الأمة حلف المقر عليه؛ لأنه ادعى غير ما أقر به فيصير رادًّا للإقرار في غير ما ادعاه ومدعيًا في غير ما أقر به فيكون القول قول المنكر مع يمينه، فإن حلف فلا حق له فيها ولا في العبد؛ لأنه لم يقر له بحق في الأمة بعينها ولا حق في العبد؛ لأنه لم يدع فيه شيئًا، فإن ادعى فيهما يقر بطائفة من أيهما شاء؛ لأنه صدقه فيما أقر به فادعى زيادة عليه والزيادة إن لم تثبت يحلف المقر بقي الإقرار بأحدهما على حاله لوجوب تصديق المقر له، وكذلك إذا ادعى أحدهما؛ لأنه أقر له بأحدهما وقد صدقه المقر له في ذلك والإقرار يتأكد بالتصديق. أقر له بحق في دار أو أرض أو ملك أو شراء يتبين ويحلف على فصل ما يدعيه الخصم؛ لأنه أبهم مقدار ما أقر به والقول قوله في إنكار الزيادة مع يمينه، فإن أبى أن يبين يقول له القاضي نصف أو ثلث أو ربع حتى يصل إلى مقدار يعلم في العرف أنه لا يملك أقل منه فيلزمه ثم يستحلف على الزيادة؛ لأن أقل القدر متيقن به وذلك معلوم من حيث العادة، فإن قال حقه فيها هذا الجذع أو الباب المركب أو البناء بغير أرض أو حق الزراعة أو السكنى بالإجارة لا يصدق إذا وصل بكلامه؛ لأن بيانه مغيِّر لموجب كلامه، فإن موجب إقراره ثبوت حق للمقر له في بعض رقبة الدار؛

لأن الحق صار عبارة عن ملك بعض رقبة الدار عرفًا وعادةً وهذا البيان ينفي حقه عن رقبتها فلا يصدق إلا موصولًا أرأيت لو قال عنيت به الثوب أو الطعام الذي في الدار أكنت أصدقه؟ لا، فكذا هذا، ولو قال لفلان حق في هذا الغنم، ثم قال هو عشر هذه الشاة فالقول مع يمينه؛ لأن بيانه مطابق لإقراره؛ لأن كل شاة أصل في إضافة الإقرار إليه فيقبل بيانه فيها بخلاف البناء في الدار؛ لأنه تبع الدار؛ لأن قوامه بأصل الدار، ولهذا يدخل في البيع بغير ذكر وقد أضاف إقراره إلى أصل الدار فلا يقبل بيانه في الصفة والبيع من بعد، ولو قال له في هذا البستان حق، ثم قال هو ثمرته، أو نخله بغير أصلها لم يصدق؛ لأن البستان اسم المنفعة فيتناول إقراره أصل البستان والثمرة، والنخلة ليست من أصل البستان، وإن قال نخلة بأصلها من الأرض صدق ولأنه قد أقر له بجزء من الأرض فكان بيانه مطابقا لإقراره فصح.

(فصل)

لو قال: لفلان علي قفيز حنطة فهو بقفيز البلد، وكذلك الأوقار والأَمْناء؛ لأن مطلق الاسم ينصرف إلى المتعارف والمتعاقد فيما بين أهل البلد، ولو قال لفلان عليَّ مائة درهم فهو على وزن بلده إن كان سبعة فسبعة فلا يصدق على النقصان إلا إذا وصل بأن يقول مائة درهم مثاقيل أو قال مائة درهم وزن خمسة فيكون على ما قال؛ لأن ذكر الدراهم عبارة عن ذكر الوزن، فإنه لا طريق لمعرفة الوزن فيه إلا بذكر العدد من الدراهم ومطلق اسم الدراهم والوزن ينصرف إلى المتعارف فيما بينهم فاصطلحوا عليه، فإذا كان إقراره بالكوفة والمتعارف فيها في الدراهم وزن سبعة فيكون لفظه عبارة عن وزن سبعة كما لو باع بدراهم مطلقة انصرف إلى هذا البلد وزنهم فقوله وزن خمسة بيان يعتبر كما اقتضاه مطلق إقراره فيصح موصولًا لا مفصولًا، وإن كان نقد البلد مختلفًا، فإن كان نقد منها بعينه غالبًا ينصرف الإقرار إليه إن استوت النقود في الرواج ينصرف إلى أقله؛ لأن الأقل متيقن به وعند التعارض لا يقضي إلا بقدر المتيقن فصار كالخلع ينصرف إلى أقل النقود وزنًا بخلاف البيع، فإنه لا ينصرف إلى أقل النقود حتى فسد البيع؛ لأن البيع معاوضة مال بمال لا يصح إلا بالتراضي من المعاوضين ولم يوجد منهما التراضي بواحد من

النقود فبقي الثمن مجهولا وجهالة الثمن تفسد البيع فأما الخلع ليس بمعاوضة؛ لأنه لا يقابله الاستحسان بل هو إسقاط بعوض فلا يفسد بجهالة المقر به والبذل فيكون بمنزلة التبرع والوصية في أنه يؤخذ بالأقل فأوجبنا المتيقن به عند التعارض، ولهذا لو أقر بدراهم أو خالع امرأته على دراهم انصرف إلى ثلاثة؛ لأن أقل الجمع متيقن وفي البيع لا ينصرف إلى الثلاث كما قلنا، ولو قال له عليَّ درهم صغير أو قال درهم أو دينارين أو قفيزا وقال درهم كبير فكله على التام إلا إذا بين موصولًا؛ لأن وصفه بالكبير لبيان العرض والمساحة؛ لأن الكبر لا يصلح صفة للوزن ويصلح صفة للمساحة يقال درهم كبير المساحة ولا يقال كبير الوزن وكذا وصفه بالصغر لصغر الحجم والجثة لا للوزن؛ لأن الصغر لا يصلح صفة للوزن ويصلح صفة للمساحة ولأن الصغير قد يكون وافيًا في الوزن لثقله وغلظه والكبير قد ينقص عن الوزن لخفته ورقته، ولو قال علي مائة درهم كبار ثم قال هي وزن سبعة فقال الطالب هي مثاقيل فالقول للمقر مع يمينه؛ لأن تسمية المائة الدرهم بيان للوزن وقوله كبار بيان للعرض وبه لا يزداد الوزن لما بينا.

(المنتقى): رجل أقر أن لفلان عليه خمسون رطلًا بيض فعليه خمسون رطلًا أقل ما يكون وزنًا؛ لأنه متيقن فيه، ولو قال له علي عشر بيضات يكون وزنها خمسون رطلًا فعليه ذلك؛ لأنه شرط ذلك، فإن لم يوجد مثل ذلك البيض فعليه قيمته؛ لأنه عجز عن تسليم عين المقر به فيرد بدله وهو القيمة، ولو قال: له علي مائة رطل حنطة كان عليه مائة رطل أقل مما يكون وزنًا؛ لأن الحنطة يكون بعضها أقل من بعض. قال: ببغداد لفلان علي ألف درهم فعليه ألف درهم وزن سبعة من الطبرية، وكذلك لو قال مروزية.

ولو قال: علي دينار شامي أو كوفي فعليه أن يعطيه دينارًا واحدًا، فإن أعطاه دينارين صغيرين لم يجز بخلاف الدراهم، فإنه لو أعطاه درهمين صغيرين يجبر على القبول وهذا بناء على العرف والعادة أن الدينار الناقص في الوزن ينقص قيمته فيكون بنقصان الوزن فيه معتبرا فيعتبر الوزن والعدد والدراهم بخلافه.

(باب الإقرار للمجهول وعلى المجهول)

أصله: أن الإقرار للمجهول فاسد عند بعضهم؛ لأن حكم الإقرار لزوم تسليم المقر به ولا يمكن إلزام تسليم المقر به إلا بالجبر على البيان؛ لأن صاحب الحق أحدهما لا يعينه والمقر ربما نسي المقر له، ولو أجبر على البيان ربما يصرف الحق عن المستحق إلى غيره فيؤدي إلى إبطال الحق على المستحق وذلك لا يجوز فلا يحكم بصحة إقرار للحال صونًا للحق عن الإبطال وصار كما لو أعتق أحد عبديه بعينه ثم نسيه لا يجبر على البيان فكذا هذا بخلاف ما لو كان المقر به مجهولا؛ لأن في الجبر على البيان اتصال الحق إلى المستحق؛ لأن صاحب الحق معلوم وبالبيان يصير المقر به معلوما فكان الجبر على البيان مفيدًا وعند بعضهم الإقرار للمجهول صحيح؛ لأنه أخبر أن هذه العين غصبتها من أحدهما فيجب تصديقه فيه إذ الظاهر أنه صادق وفي تصحيحه فائدة، وإن كان لا يجبر على البيان فإنما إذا اتفقا على هذه فلهما حق الأخذ، ولو بين أنه غصبه من هذا دون هذا يصح بيانه. أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو هذا وكل واحد يدعيه، فإن اصطلحا على أخذه أخذاه وإلا يستحلف المقر لكل واحد منهما ولا شيء لهما إن حلف؛ لأن بالاصطلاح زال المانع من جواز الإقرار؛ لأن باصطلاحهما لو بطل بعض الحق على صاحب الحق فإنما يبطل برضاه وإبطال الحق على المستحق برضاه جائز فانقلب الإقرار جائزًا لارتفاع المفسد، وإن لم يصطلحا يستحلف المقر لكل واحد منهما فلا شيء لهما إن حلف؛ لأنه لم يظهر الحق لأحدهما وإن نكل لأحدهما قضى به له عليه؛ لأن النكول حجة موجبة للحق فيؤمر بتسليمه إليه وإن نكل لهما معًا أو متعاقبًا يقضى بالعبد وبقيمته بينهما إما معًا؛ لأنه ادعى كل واحد منهما جميع العبد لنفسه فيكون النكول لكل واحد منهما نكولًا في جميع العبد فاستحق كل واحد جميعه وإما متعاقبًا؛ فلأن النكول إنما يصير حجة لاستحقاق بقضاء القاضي والقضاء حصل لهما جملة فاستحق كل واحد جميع العبد وأحدهما ليس بأولى من الآخر فيقضي بينهما وقد عجز عن رد نصف العبد إلى كل واحد فيلزمه قيمته، وإن حلف لهما ثم اصطلحا على أخذه ليس لهما

عند أبي يوسف آخرًا وقال أولًا وهو قول محمد لهما ذلك لمحمد أن الإقرار قائم بعد الحلف؛ لأنه لا يرتفع بالحلف لأنا تيقنّا أنه كاذب في الحلف في أحدهما فلا يبطل إقراره بالحلف الكاذب، ألا ترى أن من أقر لرجل بألف ثم أنكر فاستحلفه القاضي لا يبطل إقراره حتى لو أقام البينة على إقراره قضى له بذلك، وإذا نفى الإقرار بعد الحلف، فإذا استحلفا على أخذه انقلب الإقرار جائزا لارتفاع المانع من الجواز بالاصطلاح لأبي يوسف أن الإقرار لأحدهما وقع فاسدًا لجهالة المقر له وإنما ينقلب جائزا برفع المفسد بالاصطلاح قبل الحلف؛ لأنه لم يقرر الفساد في الإقرار، وبعد الحلف تقرر الفساد فيه وبطل تكذيب القاضي؛ لأنه كذبه في إقراره لأحدهما؛ لأن المقر لا يستحلف فصار مكذبًا في إقراره شرعًا فبطل فلا ينقلب صحيحًا من بعد باصطلاحهما، ولو أقاما البينة لا يجب لهما القيمة والعبد بينهما؛ لأن كل واحد استحق العبد على ذي اليد بالبينة وعلى المدعِي معه فلا يقضي بقيمة ما استحق عليه، ولو قال لفلان علي ألف درهم أو لفلان لا يصح إقراره؛ لأن المقر له مجهول، فإن اصطلحا على أن يأخذا الألف فإنما ذلك كما لو كان المقر به عينًا وقد اصطلحا على أن يأخذاها وهذا في التفريع مثل ما لو قال: غصبت هذا العبد من هذا أو من هذا، ولو قال: لفلان عليّ عشرة دراهم أو لفلان عليّ دينار لم يلزمه شيء؛ لأن كلمة أو دخل في الاختيار بين شيئين وشخصين فأوجب التشكيك فيهما، ولو وقع الشك والجهالة في أحدهما لم يلزمه المال فهنا أولى، ولو قال عليّ عشرة أو على عبدي فلان وليس على عبده دين لزمه أحدهما وعليه أن يبين؛ لأنه أقر بالمال في ذمته أو في كسب عبده وهو يملكه فقد تيقنا بوجوب الحق عليه سواء اختار نفسه أو عبده فلزمه الإقرار. فإن كان على العبد دين محيط بقيمته لم يلزمه؛ لأن كسب عبده وماليته حق غرمائه، فإن قضى دينه يومًا من دهره لزمه الإقرار؛ لأنه يجعل عند سقوط الدين عن العبد كالمجدد لإقراره لزوال المانع.

(فصل)

قال: لفلان عليّ ألف درهم ولفلان مائة دينار أو لفلان فالألف للأول وللأخير

أن يصطلحا في المائة الدينار؛ لأن المقر له بالألف معلوم؛ لأنه ما أقر به حرف التشكيك فالتخيير والمقر له بالدنانير مجهول؛ لأنه ذكر حرف التشكيك في الآخر فقد شك في الآخرين فلهما أن يصطلحان، ولو قال لفلان عليّ مائة دينار ولفلان عليّ ألف درهم أو كر حنطة أو لفلان كر شعير فلا شيء للآخرين؛ لأن المقر له مجهول فمتى اصطلحا على أخذ أحدهما كان للمقر أن يصرف الإقرار إلى الآخر بأن يقول لم أعن هذا المال؛ لأنه أقر بأحدهما فلا يمكنهما الأخذ متى كان المقر به مجهولا بخلاف ما لو كان المقر به معلوما والمقر له مجهولا فاصطلحا على أخذه أمكنهما الأخذ؛ لأنه ليس للمقر أن يصرف الإقرار إلى شيء آخر ولكل منهما أن يحلفه؛ لأنه يدعي عليه مالًا وهو ينكر قال لفلان عليّ مائة درهم ولفلان نصفها والنصف الآخر يحلف فيه كل واحد من الأخريين إلا أن يصطلحا فيكون بينهما نصفين؛ لأنه عطف أحد الأخريين على الأول فيما هو موجب إقراره وأدخل حرف الشك بين الأخريين فصار كأنه قال لفلان عليّ ألف درهم ولأحد هذين الأخريين فنصفها للأول؛ لأنه لا يزاحمه فيه أحد والنصف الآخر متردد بين الأخريين والمستحق منهما غير معين فالحكم فيه الاصطلاح أو الاستحلاف، ولو قال لفلان عليّ مائة أو لفلان وفلان فالنصف للثالث والنصف الآخر للأوليين على ما وصفنا، وكذلك لو قال في جميع هذا عندي وديعة أو مالي شركة؛ لأنه أدخل حرف الشك أو التخيير بين الأول والثاني دون الثالث فخرج الثالث عن الشك فكأنه قال لأحد هذين، ولهذا الثالث عليّ مائة درهم قال لفلان عليّ مائة درهم ولفلان أو فلان وفلان للأول الثلث والرابع الثلث ويحلف الثاني والثالث؛ لأنه أدخل حرف (أو) بين الثاني والثالث ولم يقرن بالأول والرابع فيكون الشك في الثاني والثالث لا غير فكان مقرًا للأول والرابع ولأحد المتوسطين فيقسم المال عليهم أثلاثًا ثلثه للأول وثلثه للرابع والثلث الآخر متردد بين الأخريين فيكون الحكم فيه الاصطلاح والاستحلاف.

(باب الإقرار بما لا يملكه ثم ملكه)

أصله: أنه إذا أقر بما لا يملكه ثم ملكه وخلص الحق له، فإنه يلزمه أنه يصير

بمنزلة ما لو جدد الإقرار بعدما ملكه خالصًا؛ لأن الإقرار في حق المقر جبر ملزم غير محتمل للفسخ، فإن جهة الصدق فيه متعينة لا يتصور تعين جهة الكذب فيه فجعلناه كالمجدد والمنشئ لإقراره بعدما خلص الحق له أقر أن لفلان على فلان حقًّا ثم مات فلان والمقر وارثه فالدين في تركة الميت بزعم المقر أن الغريم أحق بتركة الميت، ولو أقر على عبده التاجر وعليه دين يحيط بقيمته لا يصح إقراره؛ لأن ماليته وكسبه حق غرمائه فلا يملك المولى إبطال حقهم كالمرهون لما صار حقًّا للمرتهن لا يملك الراهن إبطال حقه؛ لأن إقرار المولى على عبده باعتبار ماليته دون ذمته، فإنه في حق الذمة مبقى على أصل الحرية لما عرف، فإن بيع للغرماء أو عتق لم يلزمه ما أقر به المولى؛ لأنه لم يسلم للمولى شيء من مالية العبد ولا من بدله بل ازداد بعدًا من مولاه، أقر أن لفلان عليه ألف درهم أو على فلان ثم مات فلان والمقر وارثه وترك مالًا لزمه الإقرار، وإن شاء كان عليه، وإن شاء في مال الميت، وكذلك لو أقر بذلك بعد موته؛ لأنه بعد الموت يملك الإقرار على مورثه بقدر ما ورثه؛ لأن حكم الإقرار يلزمه وهو قضاء الدين كيف ما كان؛ لأن تركة المورث حق الوارث يحكم بصحته وجعل المشبه إليه في ذلك.

(المنتقى): لو قال نصف هذه الدار لفلان ثم اشترى نصفها من رجل قضى للمقر له بربعها؛ لأنه أقر بنصف الدار مبايعًا وقد صح إقراره في حق المقر له، فإذا ملك نصفها يؤمر بتسليم نصف ذلك النصف إلى المقر له. رجل أقر بعبد رجل أنه لفلان وجحد الذي هو في يديه، ثم قال المقر إن اشتريته فهو حرّ اشتراه، فإنه يقضى للمقر له ويبطل العتق، ولو أقر أنه لفلان ثم أقر أنه حر ثم اشتراه، فإنه يقضي للمقر له وإن بدأ فقال هو حر، ثم قال هو لفلان ثم اشتراه فهو حر، ولو أقر به لرجل ثم أقر به لآخر ثم اشتراه، فإنه يقضي به للأول؛ لأن النفود واللزوم على نهج الصد ورد الوقوع فكل إقرار صدر منه أولًا يلزم أولًا؛ لأن السابق بالتنفيذ أولى من اللاحق؛ لأنه لا يزاحمه غيره في التنفيذ ولو آمره بعد الإقرارين رجل لِشرائه له ثم اشتراه كان الآمر أحق به؛ لأن الشراء وقع له؛ لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه.

(باب الإقرار بشيء بغير عينه)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: بالإقرار بشيء من ماله مطلقًا.

والثاني: في الإقرار بالشركة في ماله.

(فصل)

أقر بشاة في غنمه بغير عينها لرجل، قيل له: ادَّع أيها شئت وأقم البينة عليها أو استحلفه قبل هذا سهو، والصحيح أن يجبر المقر على البيان؛ لأن في هذا تكليف المقر له رد إقراره؛ لأنه إذا عين شاةً وادعاها فللمقر أن يقول: ليس هذه ولا ينفي إلا مجرد الدعوى ويحتاج المدعِي إلى إقامة البينة، وإن استحلفه كان ردًّا لإقراره فيبطل إقراره والصحيح ما ذكر في الكتاب؛ لأن هذا إقرار بالشركة في حق المقر له فإقرار بالمجهول في حق المقر؛ لأن قوله لفلان شاة في غنمي يحتمل الإقرار بالشركة؛ لأن الجنس واحد والشركة قد تثبت في الجنس الواحد بالاختلاط، ولهذا لو قال المقر: لا أدري تثبت الشركة ويحتمل الإقرار بالمجهول من حيث المقر قد عرَّف الشاة التي اختلطت بغنمه بعلامة فلا تثبت الشركة، وإذا احتمل هذا الكلام الأمرين اعتبرناه إقرارًا بالشركة في حق المقر له لئلا يبطل إقرار المقر، وفي الإقرار بالشركة لم يؤمر المقر بالبيان، وإذا ادعى المقر له شاة بعينها وحلف المقر لم يبطل إقراره بالشركة؛ لأن هذا من المدعِي يكون دعوى للقسمة، فإذا لم تثبت القسمة بحلف المقر تثبت الشركة علي خالصًا كما لو نص وقال فلان شريكي في غنمي بقدر شاة بخلاف ما لو قال لفلان عليّ دينار ودرهم وأمر المقر بالبيان فقال: لا أدري، فادعى المقر له الدينار وحلف المقر على ذلك يبطل إقراره بالدرهم؛ لأنه إقرار بالمجهول لا بالشركة؛ لأن الشركة لا تتحقق في الجنسين المختلفين، فإن ادعى المقر له شاة بغير عينها أعطى المقر أي شاة شاء؛ لأنه أبهم في الإقرار وكان بيانه إليه، فإن حلف المقر على كلهن لم يقبل ويجبر على أن يعطيه شاة؛ لأن الاستحقاق بالإقرار قد تم

ويقرر بالتصديق فيما أقر به فلا يبطل ذلك باليمين الكاذبة، وإن لم يعين واحد منهما شاة وقالا لا ندري فهو شريكه إن كانت الغنم عشرًا أقله عشر كل شاة منها فما يملك ويلد على الحقين؛ لأنه اختلط ملكها وتعذر التمييز بينهما فصارت العين المختلطة مشتركة بينهما.

ولو مات فَوَرَثَتُهُ بمنزلتِهِ في البيان لأنهم قاموا مقامه في الملك فكذا قاموا مقامه في البيان والتعيين كما في خيار التعيين قال: له في دراهمي هذه عشرة وهي مائة وفيها نقص وكبار فهي من الكبار وزن سبعة ولا يصدق أيها من النقص؛ لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف والمتعاهد وفي المتعارف الدراهم عبارة عن الوزن وهو وزن سبعة لا عبارة عن العدد فينصرف مطلق الإقرار إليه، وإن كان فيها زيوف فقال هي منها صُدِّقَ؛ لأن اسم الدراهم ينطلق على الزيوف وليس في إقراره ما يقتضي وصفًا فكان بيان الصفة إليه؛ لأنه بيان تقرير لا بيان تعيين كما في الإقرار بالغصب، والوديعة بخلاف ما لو قال: عليّ عشرة دراهم من ثمن بيع أو قرض، ثم قال: عنيت الزيوف لا يصدق؛ لأن البيع يقتضي سلامة البدل عن العيب إلا بشرط البراءة وفي دعوى الزيافة في الثمن دعوى البراءة عن العيب فلا يصح إلا بإثبات الشرط فأما الإقرار بدراهم مجهولة لا يقتضي السلامة عن العيب بل بيان الصفة إليه فيصدق فيه.

ولو قال: له في طعامي هذا كر حنطة فلم يبلغ كرًا فهو له لا غير مع يمينه إنه ما استهلك من هذا الطعام شيئًا؛ لأنه أضاف الإقرار إلى محل عين وقدره بمقدار فلا يلزمه الزيادة على ذلك القدر؛ لأنه لو لزمه فإنما يلزمه في ذمته وهو ما أقر له بشيء في ذمته ولا يصير مشتركًا بالاختلاط وتعذر التمييز حتى إذا هلك شيء من هذا الطعام لا يكون الهلاك عليهما ضرورة؛ لأنه أقر له بمقدار معلوم وربما يكون المحل مثله أو أقل فلا يتحقق الشركة ضرورة كما لو باع كرًا من هذا الطعام، ولو قال له هذه الناقة أو هذه الشاة ثم جحد وحلف ما له شيء منها فادعاهما الطالب يقضي له بالشاة؛ لأن هذا إقرار بالمجهول في حق المقر والمقر له وليس بإقرار بالشركة؛ لأن الشركة لا تثبت في الجنسين المختلفين بالاختلاط فهو أقر له

بأحدهما بغير عينه وتم الاستحقاق في المقر به بتصديق المقر له فلا يبطل ذلك باليمين الكاذبة والأقل متيقن وهو الشاة فيجب له الأقل. أقر بشقص في داره أو جزءٍ أو طائفة أو حق أو نصيب فالبيان إليه؛ لأنه أبهم مقدار ما أقر به وكان البيان إليه وإقراره يحتمل القليل والكبير فكان بيانه مقررًا كما أقر به لا مغيرا فصح موصولًا ومفصولًا وعندهما السهم كالنصيب، وعند أبي حنيفة له السدس بناء على ما إذا أوصى له بسهم من ماله ينصرف إلى السدس عنده لما عرف في الوصايا.

(المنتقى): رجل في يديه درهمان صغير وكبير فأقر بأحدهما لرجل بغير عينه أو أقر بأحدهما بعينه ثم نسيه ثم جحد فشهد عليه شاهدان بذلك تقبل الشهادة على الصغير منهما استحسانًا وكذلك المكيل والموزون كله إذا كان صنفا واحدًا فإني أقضي بالأوكس، وإذا اختلف النوعان يطلب الإقرار وفي القيمة إذا صارت دينًا عليه جعلت عليه أوكس القيمتين كما لو شهدا أنه أقر أنه غصب ثوبًا وأحرقه مروي أو هروي وسمى لنا هكذا أو سمى أحدهما فنسيناه قضيت عليه بأوكس القيمتين.

(فصل)

قال: لفلان في هذا الغنم شركة أو هو شريكي فيه أو هو لي وله أو بيني وبينه فله النصف اتفاقًا إلا أن يقول شريكي بالعشر أو بكذا موصولًا؛ لأن لفظة الشركة والشريك مقتضية للمساواة ما لم يقيد بالتفاصيل قال الله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾ [النساء: ١٢] وكانوا في الثلث على السواء لا يفضل الذكر على الأنثى، وكذلك لفظة الشركة تقتضي المناصفة بين المذكورين ومطلق إضافة الشركة إليهما يقتضي التسوية بينهما إلا أنه يحتمل التفاضل والتفاوت وكان بيانه بالعشرة ونحوه معبرًا لما اقتضاه مطلق كلامه فيصبح موصولًا مفصولًا، ولو قال لفلان شرك فيه فله النصف عند أبي يوسف، كما لو قال له شركة فيه، وعند محمد البيان للمقر؛ لأن الشركة عبارة عن النصيب قال الله تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ﴾ [فاطر: ٤٠] وقال الله تعالى: ﴿وَمَا لَهُمْ فِيهِمَا مِن شِرْكٍ﴾ [سبأ: ٢٢]، أي: نصيب ولو قال له نصيب فيه كان البيان للمقر فكذا هذا لأبي يوسف أن الشرك والشركة يجريان مجرى واحد؛ لأن كلاهما

مصدر شرك يشرك شركًا وشركة وكلا اللفظين يقتضي التسوية لغة ولا نسلم بأن المراد من معنى الشرك المذكور في الآية النصيب بل المراد منه نفي المساواة؛ لأن ذكر هذا لإثبات العجز لآلهتهم، والعجز كما ثبت ينفي النصيب ويثبت نفي المساواة، ولو قال لفلان في هذا الغنم شركة بشاة وهي عشرة ثم مات الغنم في يده فقال المقر له أنت خلطت شاتي بغنمك لم يصدق ولم يضمن؛ لأن إقراره بالشركة لا يتضمن الإقرار بوجود السبب الموجب للضمان عليه، فإن نصيب كل واحد من الشريكين في يد صاحبه أمانة والاختلاط قد يحصل من غير خلط فدعواه الخلط دعوى السبب الموجب للضمان عليه ابتداء فلا يصدق إلا بحجة.

ولو قال له: في ديني هذا رطل من الزنبق وهو دهن الياسمين فقال كل واحد أنت خلطته لم يصدق أحدهما وهما شريكان في الزيت أي في ثمنه يصرف صاحب الزنبق بثمن رطل زيت لا بالزنبق والآخر بثمن ما بقي؛ لأنه اختلط ملك أحدهما بالآخر وتعذر التمييز بينهما والشركة لا تثبت بالاختلاط في الجنسين فلا بد من إثبات الخيار لواحد منهما بين أن يبيع وبين أن يعطي صاحبه مثل حقه ويملك نصيبه فكان إثبات الخيار لصاحب الأكثر أولى؛ لأن الأقل يصير مستهلكًا بالأكثر فكان الخيار لمن كان حقه قائما من وجه في أن يتملك على صاحبه نصيبه بالمثل أولى كما لو انصبغ ثوب إنسان بصبغ غيره كان لصاحب الثوب أن يعطي لصاحب الصبغ قيمة صبغه أو يبيع الثوب فيصرف كل واحد بقيمة حقه في الثمن فكذا هذا.

لرجل خمسون رطلًا من زنبق فأقر فيه لرجل برطل من بنفسج يضرب صاحب البنفسج في الثمن بقيمة رطل من البنفسج وصاحب الزنبق بقيمة زنبقه، فإن شاء صاحب الزنبق أعطاه رطلًا من البنفسج والزنبق كله له؛ لأن البنفسج صار مستهلكا بالزنبق باعتبار غلبة الزنبق والمغلوب يصير مستهلكا بالغالب فيكون الخيار لصاحب الأغلب والبنفسج إذا اختلط بالزنبق أو زادت قيمته وهذه الزيادة حصلت من ملك صاحب الزنبق لا من ملك صاحب البنفسج فليس له أن يضرب بتلك الزيادة وإنما تصرف بقيمة ملكه وهو رطل من البنفسج.

قال لك في ثوبي هذا قفيز من عصفر فصاحب الثوب إن شاء ردّ عليه ما زاد قفيز

من عصفر فيه، وإن أبى بيع الثوب يصرف صاحب العصفر بما زاد قفيز من عصفر فيه وصاحب الثوب بقيمة ثوبه فيه؛ لأنه إذا لم يقر صاحب الثوب أنه صبغ بنفسه صار كأنه أصبغ الثوب فيه بغير صبغ واحد وكان الخيار إلى صاحب الثوب، فإن كان صبغه أكثر من قفيز فالقول لصاحب الثوب في مقدار ما فيه من الصبغ إذا لم يعرفه أهل الصنعة؛ لأن استحقاقه بإقراره فيكون القول في بيان مقدار ما يستحق المقر له، وإن عرفه أهل الصنعة واتفقوا على شيء بعرف في بلد أخذ بقولهم؛ لأن له ظاهر يمكن الرجوع إليه فيرجع إليه.

(**المنتقى**): رجل قال هذه الدار بيني وبين المسلمين فهو باطل وإن قال بيني وبين إخوتي المسلمين جاز؛ لأنه قد يكون بعض إخوته كفار وإخوته المسلمين معلومة.

(باب الإقرار بالشيء فيدخل غيره فيه ضمناً وتبعاً)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدهما: مما يدخل يجب الإقرار تبعًا.

والثاني: في ادعاء المقر ما تناوله الإقرار تبعًا.

والثالث: في ادعائه ما قبضه لنفسه.

(فصل)

أقر بحائط لرجل وله الحائط بأرضه؛ لأن الحائط اسم للمبنى والمؤلف وغير المبنى يكون آجرًا ولبنًا وخشبًا وترابًا ولا يكون حائطًا؛ لأن الحائط مأخوذ من الحياطة وهي الحفظ والحرازة وإنما يتحقق الحفظ ما دام مبنيًا ولا يتصور ذلك إلا بالأرض وكان الإقرار بالحائط إقرارًا بما تحته من الأرض دلالة والثابت دلالة كالثابت صريحًا، ولو أقر بأسطوانة، فإن كان من آجر فله ما تحته؛ لأنه لا تكون أسطوانة ما لم يكن مبنيا كالحائط، وإن كان من خشب فله الخشبة دون الأرض؛ لأنها تسمى أسطوانة قبل البناء عليها كما بعده فلم يصر مقرًا بما تحته من الأرض لا نصًا ولا دلالة، فإن أمكن رفعها بغير ضرر أخذها المقر له، وإن لم يمكن أخذها

إلا بضرر ضمن قيمتها للمقر له بمنزلة من غصب من آخر ساجة وبنى عليها أقر له بناء هذه الدار كان له البناء دون الأرض، وكذلك لو قال بناء هذا الحائط بخلاف الحائط؛ لأن الأرض ليست من البناء في شيء؛ لأن البناء إنما يوجد بفعل العبد وهو الوضع؛ لأن البناء مأخوذ من بنى يبني وهو وضع الشيء على الشيء لا اسم للمؤلف ومنه يقال بناء الرجل بامرأته لما فيه من وضع أحدهما على صاحبه وذلك فيما ارتفع من وجه الأرض لا من الأرض فلا يدخل الأرض تحت ذكر اسم البناء، فأما الحائط اسم لمؤلف مبني فلا يكون مؤلفا إلا بأساسها من الأرض. أقر بثمره من نخله فله الثمرة دون النخلة؛ لأن الثمرة تسمى ثمرة بعد الجذاذ، ولهذا لا يدخل بيع النخل من غير ذكر فلا يكون الإقرار بها إقرارًا بالنخلة، ولو أقر بنخله فهي له بأصلها من الأرض؛ لأنه لا تسمى نخلًا وشجرًا إلا وهو ثابت في الأرض؛ لأنه اسم لما ينمو وإنما ينمو بالأرض، فأما بعد القطع يسمى جذعًا وخشبًا ولا يسمى نخلًا وشجرًا ولا طريق له إليها؛ لأن لفظه لم يدل على استحقاق الطريق؛ لأن النخلة تبقى نامية لمجرد ما تحتها من الأرض من غير الطريق. أقر بكرم في أرض فله الكرم بأرضه كلها؛ لأن اسم الكرم يجمع الأشجار والأرض.

(فصل)

لو قال هذه الدار لفلان إلا بناءها أو بناء هذه الدار لي والأرض لفلان أو هذا البستان لفلان والنخل لي أو هذه الجبة لفلان والظهارة لي أو البطانة لي أو هذا الخاتم لفلان إلا فصه لي لم يصدق؛ لأن البناء والنخيل تبع للأرض؛ لأن قوامه بالأرض، ولهذا يدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر فملك بملك الأصل واسم الخاتم والجبة يتناول الكل فصار مقرًا له بالكل ثم رجع عن إقراره فلا يصح، ولو قال غصبت هذه الجارية أو هذه البقرة من فلان، ثم قال ولدها لي تقبل، وكذلك لو سكت عن الولد؛ لأن الإقرار بالأم لا يكون إقرارًا بالولد؛ لأن الولد المنفصل ليس بتبع الأم، ولهذا لا يدخل في بيع الأم، ولو أقام البينة أن الجارية له استحقها مع الولد؛ لأن الاستحقاق بالبينة يوجب الملك للمستحق من الأصل لما بينا تبين أن الولد انفصل وتفرع من ملكه فكان مملوكًا له وقت الخلافة، فأما الاستحقاق

بالإقرار لا يوجب الملك للمقر له من الأصل؛ لأنه ليس من ضرورة صحة الإقرار انتفاء الملك في الجارية من الأصل لجواز أن تكون مملوكة له ثم صارت مملوكة للمقر له قبيل الإقرار، ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض بالثمن بخلاف البينة فلا يتبين أن الولد تولد من ملكه، وكذلك لو قال هذا الصندوق لفلان والمتاع الذي فيه لي أو هذه الدار لفلان وما فيها من المتاع لي يصدق؛ لأن المتاع غير متصل بالصندوق والدار، ولا يتبع له؛ لأن الصندوق وعاء لما فيه والموعى لا يكون تبعًا للوعاء، وكذلك لو سكت عن المتاع فهو للمقر له.

ولو قال بناء هذه الدار لي والأرض لفلان فهو على أربعة أوجه:

أحدها: هذه فتكون كلها لفلان؛ لأن البناء تبع الأرض والإقرار بالأصل يثبت حق المقر له في البيع إذ البيع لا يخالف الأصل كما في البيع.

والثاني: لو قال أرضها لي وبناها لفلان كان كما قال؛ لأن الأرض ليست بتبع للبناء فلا تدخل ويجب الإقرار بالبناء.

والثالث: لو قال الأرض لفلان والبناء للآخر فكلها للأول؛ لأنه حصل مقرًّا بالبناء تبعًا للأرض، فإذا قال وبناؤها لآخر كان مقرًّا على الأول لا على نفسه وإقراره على غيره لا يصح.

والرابع: لو قال البناء لفلان والأرض لفلان كان كما قال؛ لأن البناء صار مستحقًّا وملكًا للأول بإقراره وإقراره فيما صار مستحقًّا لغيره لا يصح فيكون للثاني الأرض خاصّة يوضحه أن البناء لما صار ملكًا للمقر له الأول خرج من أن يكون تبعًا للأرض حكمًا كما إذا صار ملكًا للغير بالبيع فإقراره بالأرض للثاني لا يتعدى إلى البناء وفي الفصل الأول البناء باقٍ على ملكه عند إقراره بالأرض فكان تبعًا للأرض فدخل تحت الإقرار بالأرض. دار في يده قال هذه الدار لفلان لا بيتًا معلومًا أو جزءًا شائعًا، فإنه لي فهو على ما قال؛ لأنه استثنى بعض ما أقر به موصولًا؛ لأن اسم الدار يتناول ما فيها من البيوت واستثناء بعض ما يتناوله اللفظ صحيح فكأنه قال هذه الدار ما سوى البيت من الدار لفلان، ولو نصّ على ذلك يصح فكذا هذا بخلاف ما لو قال هذه الدار لفلان إلا بناءَها لا يصح الاستثناء؛ لأن

اسم الدار لا يتناول البناء مقصودًا، فإن الدار اسم لما أدير عليه الحائط من البقعة، والبناء يدخل فيه تبعًا حتى لو سقط البناء لا يسقط شيء من الثمن والاستثناء إخراج بعض ما يتناوله اللفظ مقصودًا موضوعًا فلا يصح إضافته إلى ما دخل تحت اللفظ تبعًا، كما لو أقر بالعبد واستثنى يده أو رجله لم يصح والبيت دخل تحت اسم الدار مقصودًا حتى لو استحق البيت سقط حصته من الثمن فصح استثناؤه، ولو قال هذا البيت لي أو قال ولكن هذا لي فكلها لفلان؛ لأن هذه دعوى وليست باستثناء، فإنه أقر له بجميع الدار ثم عطفه البيت على الإقرار فلا تصح الدعوى إلا بحجة بخلاف ما لو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لآخر كان كما قال؛ لأنه أوجب الملك للثاني في البيت بإقراره فصار مانعًا ثبوت حكم الإقرار للأول في البيت؛ لأنه لو طرأ ملك الثاني في البيت على ملك الأول في البيت أوجب زوال ملكه، فإذا قارنه منع ثبوته في الأول، ادعى بقاء الملك لنفسه والدعوى بعد الإقرار لا تصح فلم يصر مانعًا ثبوت الملك للأول في البيت.

(فصل)

قال: قبضت من بيت فلان مائة وهي التي كنت ساكنًا فيه أو قال قبضت من نخل فلان ثمرة أو من أرض فلان حنطة وكانت لي أو قال وهي لفلان آخر يلزمه لصاحب البيت ويضمن للآخر مثله؛ لأن البيت في يد فلان فما في بيته أو نخله أو أرضه يكون في يده فالأخذ من بيته كالأخذ من يده فيلزمه الرد إلى صاحب البيت، فإن زعم أنه لآخر وأنه قبضه منه ضمن له مثله؛ لأنه أقر بغصب مائة وقد عجز عن رده إليه لما دفع إلى الأول كما لو أقر أنه غصب من هذا مائة درهم، ثم قال غصبت من هذا يضمن للثاني قيمته، فإن جاءت بينته أنها كانت في يده بإجارة ونحوها برئ من ذلك؛ لأنه أثبت لنفسه يدًا فيها فما فيها يكون في يده فلا يلزمه الرد إلى غيره، وأما بدون البينة فهو مدعٍ من غير سبب ثبوت يده في الدار فلا يصدق إلا بحجة.

(باب الإقرار بعدد مجهول)

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: في ذكر العدد مبهمًا.

والثاني: في ذكر العدد موصوفًا مبهمًا.

والثالث: في ذكر العدد مقطوعًا.

والرابع: في إضافة الإقرار إلى صنفين.

(فصل)

قال لفلان عليه دراهم لزمه ثلاثة؛ لأن أدنى الجمع ثلاثة فالثلاثة متيقنة والزيادة عليها مشكوك فيها فيلزمه المتيقن وهي ثلاثة.

(**المنتقى**): عن أبي يوسف: إذا قال عليّ شيء من الدراهم أو من دراهم فعليه ثلاثة دراهم، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف قال: لو قال له عليّ دراهم مضاعفة فعليه ستة دراهم؛ لأن أدنى الجمع ثلاثة وأدنى التضعيف مرة ثلاثة فصار الكل ستة، ولو قال: دراهم أضعافا مضاعفة فعليه ثمانية عشر؛ لأن الأضعاف لفظ الجمع فيصير به تسعة وبالمضاعفة مرة يصير ثمانية عشر، وكذلك لو قال دراهم مضاعفة أضعافًا؛ لأن بالمضاعفة يصير ستة والأضعاف جمع الضعف فيصير ثلاث مرات ستة، ولو قال له عشرة دراهم وأضعافها مضاعفة يلزمه ثمانون درهمًا؛ لأن قوله وأضعافها ثلاثون وهي غير العشرة؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه فصار أربعين فبالمضاعفة يصير ثمانين.

(فصل)

ولو قال: عليّ دراهم كبيرة أو دنانير كثيرة لزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير في قياس قول أبي حنيفة وعندهما مائتا درهم ومن الدنانير عشرين، وعند الشافعي ثلاثة دراهم.

لهما: أن الكثير ما يصير به صاحبه غنيًا وذلك مقدار النصاب وما دونه فقليل شرعًا؛ لأنه ما يصير به غنيًا بل يبقى فقيرًا حتى تحل له الصدقة.

له: أن المقر جعل الكثرة صفة للدراهم لا صفة للدرهم فأقل ما يثبت به صفة الكثرة للدراهم عشرة، فإنه يقال عشرة دراهم ثم يقال بعده أحد عشر درهمًا ومائة درهم ومائتا درهم ولا يلغى من كلام العاقل ما أمكن فانصرفت الكثرة إلى العشرة

لكي لا تصير صفة الكثرة لغوًا وعندهما من الإبل خمسة وعشرين ومن الشاة أربعين ومن الحنطة خمسة أوساق، وعند أبي حنيفة يرجع إلى بيان المقر.

ولو قال: عليّ ثياب كثيرة أو وصائف كثيرة فعند أبي حنيفة يلزمه عشرة وعندهما ما يبلغ من الدراهم قيمته مائتي درهم، وعند الشافعي يلزمه ثلاثة مما أقر به كما في الدراهم والدنانير، ولو قال له عليّ مال كثير أو عظيم فعليه مائتا درهم عندهما وهو رواية (النوادر) عن أبي حنيفة، فإنه يقال للمائتين مال عظيم ولم يذكر قول أبي حنيفة وقيل يلزمه عشرة دراهم؛ لأن العشرة مال عظيم حيث يصلح نصابًا في المهر والسرقة كما في الكبير وقيل قوله كقولهما وهو رواية النوادر عنه فيحتاج إلى الفرق بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال كثير أو عظيم والفرق أن ثمة جعل الكثيرة صفة للدراهم فانصرفت الكثيرة إلى العشرة حتى تبقى الكثرة صفَة للدراهم فهنا وصف المال بالكثرة والعظم لا الدراهم فمتى صرفنا الكثرة أو العظم إلى المائين حتى يثبت العظم من كل وجه تبقى صفة العظم والكثرة للمال ولا يلغو ولا تصير صفة لشيء آخر، فإنه يقال للمائين مال عظيم حتى لو قال لفلان عليّ دراهم عظيمة ينصرف إلى العشرة عنده حتى يبقى العظم صفة للدراهم، ولو قال درهم عظيم يلزمه درهم واحد؛ لأن الدرهم معلوم القدر في نفسه ولا يزداد قدرة بقوله عظيم فكان قوله عظيمًا صفة لعرضه، ولو قال: عليّ أموال عظام فعليه ستمائة درهم؛ لأن العظام جمع للعظيم والعظيم مائتان فجمعه ثلاث مرات وذلك ستمائة، ولو قال: عليّ كذا كذا درهمًا لزمه أحد عشر، ولو قال كذا وكذا لزمه أحد وعشرين وكذلك في المكيل والموزون.

وقال الشافعي: في الأولى يلزمه درهم وفي الثاني درهمان.

والصحيح قولنا؛ لأنه قال كذا وكذا درهمًا فقد ذكر عددين مبهمين من غير عطف بينهما، وذكر عقيبهما درهمًا بالنصب فيجعل عبارة عن عددين مصرحين ليس بينهما حرف العطف وبذكر الدرهم عقيبهما بالنصب تفسيرًا للمبهم بالمفسرّ وأقل ذلك أحد عشر درهمًا يقال أحد عشر درهمًا، وإذا قال كذا وكذا فقد ذكر عددين مبهمين معطوفًا أحدهما على الآخر ويذكر الدرهم عقيبهما بالنصب أحد

وعشرون لا يجوز أن يجعل كذا كذا عبارة عن الدرهم الواحد؛ لأن الدرهم لا يذكر عقيب الواحد بالنصب وإنما يذكر بالرفع فيقال درهم واحد.

ولو قال: كذا وكذا وكذا درهمًا يلزمه مائة وأحد وعشرون؛ لأن ذلك أقل الأعداد المصرح بها على هذا الوجه وهذا كله إذا ذكر الدرهم بالنصب، وإن ذكره بالخفض بأن قال: لدي درهم رُوي عن محمد: أنه يلزمه مائة درهم؛ عددًا مبهمًا مرةً واحدة فيتغير بعدد واحد مصرح به ويذكر الدرهم عقبه بالخفض وأقل ذلك مائة درهم، وإن قال كذا كذا درهم يلزمه مائتا درهم؛ لأنه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما حرف العطف وأقل ذلك من العدد المصرح مائتا درهم، ولو قال: عليّ كذا كذا دينارًا وكذا كذا درهمًا فعليه من كل واحد أحد عشر؛ لأنه أضاف كل واحد من العددين إلى نوع من المالين فيصار كأنه قال عليّ أحد عشر درهمًا وأحد عشرة دينارًا، ولو قال كذا كذا دينارًا ودرهمًا فعليه أحد عشر منهما بالتسوية؛ لأنه ذكر عددًا مرة واحدة وأشرك فيه جنسين وظاهر الشركة يوجب التسوية فلزمه نصف من كل واحدة.

(فصل)

قال له: عليّ عشرة دراهم ونيف، فالبيان في النيف إليه، فإن أقر بأقل من درهم جاز؛ لأن النيف عبارة عن الزيادة يقال جبل منيف إذا كان زائدا على الجبال ومنه سمي الأنف أنفا لزيادته وارتفاع في خلقته في الوجه ويقال أناف على ستين سنة أي زاد وكأنه قال عليّ عشرة وزيادة وكان القول قوله في مقدار الزيادة.

ولو قال: عليّ بضعة وخمسين درهمًا فالبضع ثلاثة دراهم فصاعدًا وليس له أن ينقص من ثلاثة؛ لأن البضع أوتار العشرة ثلاثة وخمسة وسبعة وتسعة على ما عرف في الأيمان وأقل الأوتار ثلاثة وأخذنا بالأقل؛ لأنه متيقن فالزيادة تقف على بيانه.

لو قال: عشرة دراهم ودانق أو قيراط وهو من الفضة؛ لأنه عطف الدانق والقيراط على الدراهم والمعطوف من جنس المعطوف عليه قال الله تعالى: ﴿وَلَبِثُوا فِي كَهْفِهِمْ ثَلَاثَ مِائَةٍ سِنِينَ وَازْدَادُوا تِسْعًا ﴿٢٥﴾﴾ [الكهف: ٢٥] فكان التسع من جنس الثلاثمائة سنين فالدرهم أربعة عشر قيراطًا والمثقال عشرين قيراطًا وكل عشرة دراهم تزن سبعة مثاقيل قيل على هذا جمع عمر الناس.

لو قال: عليّ مائة ودينار قال كل دنانير، وقال الشافعي: عليه دينار واحد، والقول في بيان المائة قوله وكذلك مائة ودرهم أو مائة وقفيز حنطة أو مائة وفلس وكذلك كل ما يكال ويوزن.

والصحيح قولنا؛ لأن المائة مفسرة بدينار أو درهم وقوله ودينار ودرهم بيان لها عادة وعرفًا ودلالة أما عادة، فإن في العرف متى قيل مائة ودرهم يراد بالمائة الدراهم لأنهم يخيرون على تطويل العبارة ويقتصرون على ذكر الدرهم مرة واحدة إيجازًا واختصارًا؛ لأن وجوب المكيل والموزون مما يكثر في عقود التجارات وتكثر المبايعات بها وإنها ثبتت في الذمة حالًا ومؤجلًا وجعلوا ذكر الدرهم في المعطوف ذكرًا في المعطوف عليه إيجازًا واختصارًا، ألا ترى أنهم يقولون أحد وعشرون درهمًا فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرًا للكل، وأما دلالة فلأنه عطف حالًا معلوم القدر والنوع على مجهول والعطف يوجب الشركة بين المعطوف والمعطوف عليه في خبره فيوجب الشركة بينهما في التفسير أيضًا عملًا بما يوجب إطلاق الشركة فصارت المائة المجهولة مفسرة بذكر الدرهم فيلزمه الكل من جنس واحد.

ولو قال: مائة وثوب أو ثوبان فالقول في المائة قوله وكذلك كل ما لا يكال ولا يوزن؛ لأن الثوب اسم لمجهول الجنس والقدر فلم يصلح تفسيرًا للمائة فكان البيان إليه.

ولو قال: عليّ مائة وثلاثة أثواب قال كل بيان يفسر جنسها بما شاء؛ لأنه عطف عددًا مبهمًا على عدد مبهم، وذكر عقيبهما بما يصلح تفسيرًا للكل؛ لأنه لم يذكر بين العددين وبين البيان حرف العطف فصار تفسيرًا لهما، كما لو قال لفلان عليّ مائة وخمسون درهمًا وقوله ودرهمًا مذكور على سبيل التفسير فجعله تفسيرًا للعددين جميعًا فكذا هذا.

بخلاف قوله: مائة وثوب أو مائة وثوبان فالثوب غير مذكور على سبيل التفسير، فإنه ذكره بواو العطف والتفسير لا يذكر بواو العطف وإنما يذكر بغير واو فلم يصلح تفسيرًا له.

ولو قال: عليّ مائة وشاة لزمه الكل شاة؛ لأنه عطف معلوم الجنس والقدر على مجهول فصار المجهول مفسرًا به وكذلك ألف وبعير.

(المنتقى): أصله أن الكلام إذا كان كله على شيء بعينه أو كان كله على شيء بغير عينه وهو كله على الأنصاف، وإن كان أحدهما بعينه والآخر بغير عينه فالنصف على الأول منهما، ولو قال: لفلان عليّ نصف درهم ودينار وثوب فعليه نصف كل واحد منهم، وكذلك لو قال: عليّ نصف كر حنطة وكر شعير وكر تمر؛ لأن الكلام كله وقع على شيء بغير عينه فينصرف النصف إلى الكل كأنه قال نصف درهم ونصف دينار ونصف ثوب، وكذلك لو قال: نصف هذا العبد وهذه الأمة، ولو قال: عليّ نصف هذا الكر الحنطة وكر شعير فعليه من الشعير كر كامل، وكذلك لو قال: غصبت من فلان نصف عبد وهذا العبد، كان هذا العبد كله له وله عليه أيضًا نصف عبد، وكذلك لو قال: نصف درهم وهذا الدينار؛ لأنه ذكر أحد الكلامين بعينه والآخر بغير عينه فانصرف النصف إلى الأول منهما.

(فصل)

أصله: أنه متى ذكر مقدارًا وأضافه إلى صنفين من المال يجب النصف من كل واحد منهما؛ لأنه أضاف المقدار إليهما بالتسوية فيوزع عليهما بالتسوية كما لو أضاف إلى رجلين على التسوية كان بينهما بالتسوية.

لو قال: عليّ مائة مثقال ذهب وفضة أو كر حنطة وشعير فعليه من كل واحد النصف والقول في الجودة والرداءة قوله؛ لأنه أضاف العدد إلى الجنسين بالتسوية والمساواة في الإضافة يقتضي التورع على سبيل التسوية وليس في لفظه ما يعين أحد الوصفين فيكون القول قوله في الجودة والرداءة.

ولو قال: عليَّ كر من شعير وحنطة وسمسم فعليه من كل واحد الثلث؛ لأن الكر عبارة عن أربعين قفيزًا وقد فسره بالأجناس الثلاثة فتكون من كل جنس الثلث؛ لأن ظاهر الشركة يوجب التسوية.

عليه قفيز من حنطة وشعير إلا ربعًا فعليه ثلاثة أرباع من قفيز من كل واحد

النصف؛ لأنه وصل الاستثناء بكلامه فصح وبقي مقرًا بثلاثة قفيز من حنطة وشعير فعليه من كل واحد النصف قال أودعني ثلاثة أثواب زطي ويهودي، فإن شاء قال يهودي وزطيان، وإن شاء عكسه مع يمينه؛ لأن الثوب الثالث لا يمكن أن يجعل نصفه يهوديًا ونصفه زطيا وأمكن أن يجعل كل واحد منهما من جنس آخر وكان القول قوله فيه.

ولو قال: استودعني عشرة أثواب هروية ومروية كان من كل واحد النصف قال عندي لفلان ألف درهم قرض ووديعة نصفه قرض ونصفه وديعة وكذلك ألف درهم مضاربة وقرض إلا أن وصل وقال مائة منها قرض وتسعمائة مضاربة فيصح؛ لأن ظاهر كلامه يقتضي النصف من كل واحد منهما؛ لأنه أضاف الألف إليهما على السواء واقتضت الشركة التوزيع عليهما على السواء إلا أنه يحتمل التفاوت وكان هذا بيانًا مغيرًا لظاهر كلامه بما هو محتمل فيصح موصولًا كما في الاستثناء قال له: عندي ألف درهم هبة ووديعة كلها وديعة؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض وهو لم يقبضها أي لم يحدث فيها قبضًا بعد الهبة بأن كانت الألف كلها عنده وديعة، وقال صاحب المال: وهبت نصفها لك فالهبة فاسدة؛ لأنه وهب مشاعًا يحتمل القسمة إلا أنه متى لم يحدث قبضًا بعد الهبة يبقى الكل وديعة كما كانت من الهبة.

(باب الإقرار بالأشياء المذكورة بحرف العطف أو حرف الوصل والظرف بينهما)

أصله: أنه متى ذكر بين الشيئين حرف العطف يصير مقرًا بهما؛ لأن موجب العطف هو الإشراك المعطوف والمعطوف عليه في الخبر، وإن لم يذكر بينهما حرف العطف لا يكون إقرارًا بهما بل يكون الثاني تكرارًا للأول والتكرار لا يوجب المغايرة، وإن ذكر بينهما وصفًا، فإن قرن الأول حرف الهاء يكون الوصف نعتًا للمذكور آخرًا، وإن لم يقرن به حرف الهاء يكون نعتًا للمذكور أولًا كالرجل يقول: جاءني زيد قبل عمرو تكون القبلية نعتًا لمجيء زيد، ولو قال: جاءني زيد قبله عمرو تكون القبلية نعتًا لمجيء عمرو.

لو قال: علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم معه درهم أو قبله أو بعده أو سمى أحدهما دينارًا أو قفيز حنطة يلزمه كلاهما؛ لأن الواو والفاء للعطف والمعطوف يشارك المعطوف عليه في الخبر ويكون غير الأول فصار مقرًا بهما وحرف مع للضم والمقارنة فقد قرنهما وضمهما في الوجوب وإنما يتصور المقارنة والضم في الوجوب إذا وجب الثاني مع الأول، وقبل وبعد: نعت للمذكور آخرًا؛ لأنه ألحق حرف الهاء بالأول وكان معناه بعده درهم قد وجب فدخلا تحت الإيجاب كمن قال: جاءني زيد قبله عمرو أو بعده عمرو دخلا جميعًا تحت المجيء فكذا هذا يدخلان تحت قوله عليّ، وإن قال: درهم درهم أو درهم بدرهم أو قال عليّ درهم على درهم لزمه درهم واحد؛ لأنه لما لم يتخلل بينهما حرف العطف لا يمكن أن يجعل الثاني إقرارًا؛ لأن الجملة الثانية ناقصة فلا يصير الخبر المذكور وهو كلمة الإيجاب في الجملة الأولى مذكورًا في الجملة الثانية إلا بواو العطف ولم يوجد ومتى تعذر جعله إقرارًا آخر جعلناه تكرارًا للإخبار والتكرار لا يوجب المغايرة والمباينة وقوله بدرهم فالباء للبدل؛ لأنها تصحب الأعواض فكأنه قال عليّ درهم بدلًا عن درهم أو يقال بذكر الباء ويراد به مع كما يقال خرج الأمير بجنده أي مع جنده، ويستعمل البدل أيضًا يقال بعت بألف فبأخذ الاعتبارين يلزمه الدرهم الآخر وبالاعتبار الآخر لا يلزمه فلا يلزمه بالشك، ولو قال درهم ثم درهمان لزمه ثلاثة؛ لأن ثم للتعقيب مع التراخي والتعقيب للتحقق في الوجوب بين المذكورين إن كان لا يتحقق في الواجب فقد أخبر بوجوب الدرهمين بعد وجود الدرهم وكان إقرارًا بثلاثة، ولو قال عليّ عشرة دراهم في عشرة دراهم أو في عشرة دنانير فعليه عشرة دراهم، وقال زفر عليه عشرون؛ لأن حرف في بمعنى حرف مع قال الله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ۝٢٩﴾ [الفجر: ٢٩] أي مع عبادي فيحمل على هذا تصحيحًا لكلامه.

لنا: أن حقيقة حرف في للظرف والدرهم لا يكون ظرفًا للدراهم إلا أنه قد يكون بمعنى مع وقد يكون بمعنى حرف على قال الله تعالى: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمۡ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخۡلِ﴾ [طه: ٧١] أي على جذوع النخل، فإن نوى بحرف في مع يلزمه عشرون وإن نوى به على يلزمه عشرة، فإذا لم ينو شيئًا وليس أحدهما بأولى من الآخر بقي

المعتبر حقيقة كلامه فيلزمه عشرة إلا أن يقول عنيت هذه وهذه فحينئذ يعمل بيانه، لأنه بيّن أنه استعمل في بمعنى مع أو بمعنى واو العطف وفيه تشديد عليه فيصح بيانه، ولو أقر أن له عليه خمسة دراهم في ثوب يهودي يلزمه الخمسة، ولو قال غصبت منه خمسة دراهم في ثوب يلزمه خمسة مع الثوب والفرق أن الثوب يصلح ظرفًا للدراهم فأمكن العمل بحقيقة كلمة في فصار مقرًا بخمسة دراهم مظروفة في ثوب حالة الغصب ولا يتصور ذلك إلا بعضهما، فأما الثوب لا يصلح ظرفًا لما في ذمته فلغى حرف الظرف والحمل على المجان متعذر؛ لأن في يحتمل مع واو وعلى وليس أحدهم بأولى من الآخر فيتعذر العمل بالمجاز، فإن قال بعد ذلك الثوب هو الدين أسلم تلك الدراهم التي فيه، فإن تصادقا يصح؛ لأن هذا بيان يعتبر؛ لأن كلمة الإيجاب مضافة إلى خمسة لا إلى الثوب وموجبها كون الخمسة دينًا عليه وقد تبين أن الثوب دين عليه دون الخمسة وبيان التعبير لا يصح مفصولًا إلا أن يصدقه الطالب فيه، فإن صدقه والحق لا يعدوهما ثبت ما تصادقا عليه قال له ما بين درهم إلى مائتين فعليه مائتان إلا درهم وكذلك ما بين كر شعير إلى كر حنطة عليه كر شعير وكر حنطة إلا قفيزا عند أبي حنيفة وعندهما يلزمه كله في المسألتين قال له عليّ ما بين عشرة دراهم وتسعة دنانير وهذا بناء على أن عنده الغاية الأولى تدخل تحت الإقرار دون الغاية الثانية، وعندهما كلاهما يدخلان، وعند زفر كلاهما لا يدخلان على ما مر في كتاب الطلاق.

فإذا عرَّفناه نقول: الغاية الأولى ما كان من أقل المالين والغاية الثانية الواحد من أكبر المالين سواء كان مقدمًا في الذكر أم مؤخرًا؛ لأن قوله من درهم إلى ثلث من الأول إلى الثالث فالدرهم الأول الغاية الأولى والثالث الغاية الثانية، وكذلك لو قال من ثلث إلى واحد وذلك لأن عنده الغاية الأولى إنما دخلت تحت الإقرار ضرورة أن الدرهم الثاني واجب ولا يتصور وجوب الثاني بدون الأول فدخل الأول ضرورة وجوب الثاني ولا ضرورة في إدخال الثالث تحت الإقرار؛ لأن الثاني يتصور إيجابها بدون الثالث كانت الغاية الأولى من أقل المالين والغاية الثانية من أكثرهما سواء كان مقدما في الذكر أم مؤخرا وإنما جعلنا القفيز من الكر غاية؛ لأن الكر اسم

لعدد القفيز ثم الكر بالقفيز وكانت الغاية واحدًا مما يتم به الكر كالدرهم من العشرة.

(المنتقى): ولو قال: لفلان في هذا العبد شرك ألف درهم، ثم قال بعدما سكت: ولي ألفًا والعبد لا يشتري مثله إلا بألف فالعبد بينهما أثلاثًا؛ لأنه قد يشتري بأكثر من قيمته، ولو قال: لك عليّ في هذا البيت مائة درهم أو في هذه الدار ألف درهم فهذا على أن له فيها ألف درهم موضوعة، ولو قال: لك في هذا العبد أو في هذا الثوب ألف درهم فهذا الإقرار باطل ولا يكون شريكًا.

(باب الإقرار بكذا لا بل بكذا)

(المبسوط): أصله: أن كلمة لا بل متى تخللت بين المالين من جنسين لزمه كلاهما وكذلك في الجنس الواحد إن كان المُقَرُّ له اثنين؛ لأن اختلاف المقر له نظير اختلاف الجنس في المقر به، وإن كان المقر له واحدًا يلزمه أكثر المالين؛ لأن الجنس والمقر له متى كان متحدًا يعتبر الثاني تكرارًا وإعادة للأول كما لو أقر بهما من غير تخليل كلمة النفي بينهما بأن قال لفلان عليّ ألف قال عليّ ألفين يلزمه ألفان ويجعل أحد الألفين من الإقرار الثاني تكرارًا للألف الأولى، ومتى كان الجنس مختلفًا تعذر أن يجعل الثاني تكرارًا وإعادة للأول؛ لأن التكرار لا يتحقق في الجنسين المختلفين لو قال له عليّ مائة درهم أو مائتا درهم أو قال عليه ألف بل عليه ألفان فعليه أكثر المالين مائتان أو ألفان استحسانًا والقياس أن يلزمه ثلاثمائة أو ثلاثة آلاف وهو قول زفر، وكذلك لو قال: غصبت غلامًا أبيضًا لا بل أسود يلزمه واحد أبيض، ولو قال: غصبت قميصًا لا بل قُرْطَقًا[1] أو غصبت ثوبًا هرويًا لا بل بغداديًا وهو ضامن لهما جميعًا.

---

(١) قال ابنُ الأثير: هو القَباءُ، وهو لِبْسٌ مَعْروف مُعرّب كُرْتَه قال: وإبْدالُ القافِ من الهاءِ في الأسماءِ المُعرّبة كثيرٌ. وفي الحديث: جاءَ الغُلامُ وعليه قُرْطَقٌ أبيض. ويُقال: قَرْطَقْتُه، فتَقَرْطَقَ أي: أَلْبَسْتُه إيّاه، فلبسَه نقلَه الصاغانيّ. ومما يُسْتَدْرَكُ عليه: قُرَيْطِق: تصْغيرُ قُرْطَق، وقد جاءَ في الحديث. وقُرْطُق كقُنْفُذ، لغةٌ، عن ابنِ الأثير.

=

لزفر: أن كلمة (لا بل) رجوع عن الأول واستدراك غلط بالثاني والرجوع عن الأول لا يصح، والإقرار بالمالين يصح فلزمه ثلاثمائة، كما لو قال عليّ مائة درهم لا بل مائة دينار لزمه المالان، وكذلك لو قال لامرأته أنتِ طالق واحدة لا بل ثنتين يقع الثلاث. لنا: أن الإقرار إجبار والغلط يجري في الإخبارات فالظاهر أنه أراد بذكر المال الثاني استدراك الغلط في بيان مقدار الأول بالزيادة عليه لما أنه غلط في تقديره بمائة بل مقداره مائتان وأثبتت المائة الأولى وضم إليها مائة أخرى وأعاد ذكرهما كمن يقول: سني خمسون لا بل ستون وحججت حجة لا بل حجتين كان إخبارًا بستين وحجتين بخلاف ما إذا اختلف جنس المالين؛ لأن الغلط لا يقع في الجنسين عادة فعند اختلاف الجنس لا يمكن أن يجعل كأنه أعاد القدر الأول وزاد عليه؛ لأن المقر به أولًا غير موجود في الإقرار الثاني، ألا ترى أنه لا يقول حججت حجة لا بل عمرتين وبخلاف الطلاق؛ لأنه إيقاع وإنشاء شرعًا وعرفًا وفي الإنشاءات لا يقع الغلط فلا يمكن حمل الثاني على الاستدراك حتى لو أخرج الكلام هنا مخرج الإخبار بأن قال كنت طلقتها أمس واحدة لا بل ثنتين كان إقرارًا بالثنتين استحسانًا كما كان هنا.

ولو قال: عليّ مائتان لا بل مائة أو عليّ ألف لا بل خمسمائة فعليه أكثر المالين لأن كلمة (لا بل) لاستدراك الغلط وإقامة شيء آخر مقامه وهنا قصد استدراك الغلط بالرجوع عن بعض ما أقر به فلم يصح رجوعه عن الأول، ولو قال عليه ألف جياد لا بل زيوف وقال ألف زيوف لا بل جياد يلزمه أفضل المالين استحسانًا؛ لأنه استدرك الغلط في الصفة فيلزمه أفضل الصنفين كما لو استدرك الغلط في المقدار لزمه أكثر المقدارين وهذا؛ لأن الأقل داخل في الأكثر والأردأ داخل في الأجود ذاتًا.

ولو قال: عليه ألف درهم ودينار وكذلك عليّ رطل بنفسج لا بل خيري أو كر حنطة لا بل كر شعير فهما عليه؛ لأن أحد الجنسين لا ينتظم الجنس الآخر فقد أقر

=

وأغربُ من ذلك قَرْطَق، كجَعْفر، نقلَه شيخُنا عن صاحِبِ المِصْباح.

بجنس ورجع عنه واستدرك غلط بالإقرار بجنس آخر فلم يصح الرجوع وصح الإقرار بالجنس، الإقرار قال الطالب لي عليك ألف وقال المطلوب لا بل سبعمائة فعليه سبعمائة؛ لأن كلمة لا بل رجوع عن الزيادة وإثبات لما بعدها، ولو قال لفلان عليه ألف درهم لا بل لفلان لزمه المالان؛ لأن لا بل لاستدراك الغلط بالرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقامه والرجوع عن الإقرار للأول لا يصح والإقرار للثاني يصح فلزمه الثاني مع الأول، وكذلك لو كان الثاني مكاتبًا للأول أو عبدًا مأذونًا مديونًا؛ لأنه اختلف المقر له؛ لأن المولى لا يملك كسب المكاتب والعبد المأذون المديون فكان بمنزلة أجنبي آخر فيحقق إقراره بشخصين صورة ومعنى فلزمه المالان، وإن لم يكن العبد مديونا لزمه ألف واحدة استحسانًا؛ لأن المقر له متحد حكمًا؛ لأن كسب العبد إذا لم يكن عليه دين مملوك لمولاه حتى ينفذ تصرف المولى فيه فالإقرار أنها توجب أن الحق لواحد وهو المولى فلم يتعدد الواجب فيعتبر تكرارًا وإعادة للأول.

قال: لفلان عليه ألف درهم من جارية باعنيها لا بل فلان باعنيها فعليه لكل واحد ألف إلا أن يقر الثاني أنها للأول فيكون ألف واحدة استحسانًا؛ لأن المقر له واحد حكمًا؛ لأن ما يقر للوكيل من الثمن يكون للموكل فصار كما لو كان الثاني عبدًا مأذونًا ولا دين عليه.

قال: هذه الدار لفلان لا بل لفلان فهي بينهما وإن سكت، ثم قال لا بل لفلان فللأول؛ لأن بالسكوت تم الإقرار للأول وتأبد فيقرر حكمه وتأكد، قال لفلان عليّ ألف درهم لا بل لفلان يدفع إلى الأول ولا ضمان عليه للثاني إن دفع إلى الأول بقضاء وإن دفع بغير قضاء يضمن مثلها، وكذلك لو أقر بأنه قد أوصى بثلث ماله لهذا لا بل لهذا.

وقال زفر: الألف للأول ويغرم للثاني في الحالين.

له: أن إقراره للأول قد صح ورجوعه لم يصح وإقراره للثاني قد صح وقد سبق استحقاق التركة للأول فيغرم للثاني.

لنا: أن الإقرار الأول قد صح فاستغرقنا التركة به وبقوله (لا بل) لفلان رجع عن

الأول وأثبت الحق للثاني في كل التركة، فإذا لم يصح رجوعه عن الأول لم يصح إثباته للثاني بخلاف ما إذا دفع إليه بغير قضاء؛ لأنه دفعه باختياره ورضاه والمقر له الثاني زاحمه فيه فقد أتلف عليه حقًّا باختياره في زعمه فيضمن للثاني، وإذا دفع بقضاء فقد استحق عليه بغير اختياره فلا يضمن.

(المنتقى): رجل في يده ألف فقال هي لفلان لا بل لفلان فهي للأول وإنما هو شاهد للآخر؛ لأن هذا رجوع عن الإقرار للأول وشهادة بذلك المال للثاني والرجوع عن الإقرار لا يصح وشهادة الفرد لا تقبل، وإن قال أودعنيها فلان لا بل فلان فهي للأول فيغرم مثلها للثاني؛ لأنه أقر بالإيداع من الثاني وقد عجز عن رد الوديعة إليه فصار مستهلكا لها فضمن قيمتها.

قال محمد رحمه الله: رجل قال غصبت فلانًا مائة درهم ومائة دينار وكرًّا من حنطة لا بل غصبت فلانًا يلزمه كله للأول ويغرم مثلها للثاني، ولو قال غصبت فلانًا ألف درهم وفلانًا مائة دينار وفلانًا كر حنطة لا بل فلانًا، فإنه يغرم للرابع ما أقر به للثالث؛ لأنه استدرك الغلط في الإقرار للثالث ورجع عنه بالإقرار للرابع وإقراره للثالث قد صح ورجوعه لم يصح وإقراره للرابع قد صح وقد صار مستهلكًا عليه المقر به بالغصب منه فيغرم للرابع.

قال أبو يوسف: أو قال لك عليّ كر حنطة لا بل كر دقيق لزمه الكران جميعًا كما بينا أن الجنس مختلف فاعتبر الثاني إقرارًا مستأنفًا.

ولو قال: لك عليّ ألف ثمن غلام لا بل ألف ثمن جارية لم يلزمه إلا ألف؛ لأن الجنس هنا متحد واختلاف الجهة لا يوجب اختلاف المال وفي الجنس الواحد يعتبر الإقرار الثاني تكرارًا وإعادة للأول.

(باب الإقرار بالاستفهام)

(المبسوط): أصله: أن ألف الاستفهام متى دخل على الإثبات فهو للنفي لقوله تعالى: ﴿أَءِلَٰهٌ مَّعَ ٱللَّهِ﴾ [النمل: ٦٠] وهذا لنفي إله آخر مع الله ومتى دخل على

النفـي فهـو للإثبـات لقولـه تعـالى: ﴿أَلَيْسَ ٱللَّهُ بِكَافٍ عَبْدَهُۥ﴾ [الزمـر: ٣٦] وقولـه تعـالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا۟ بَلَىٰ﴾ [الأعـراف: ١٧٢] معناه بـل أنـت ربنـا ومتـى دخـل على إثباتين بينهما حرف الشك فهو إثبات أحدهما ونفي الآخر لقوله تعالى: ﴿ءَآللَّهُ خَيْرٌ أَمَّا يُشْرِكُونَ ۝٥٩﴾ [النمـل: ٥٩] وقولـه تعـالى: ﴿ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى ٱللَّهِ تَفْتَرُونَ ۝٥٩﴾ [يونس: ٥٩] دخل ألف الاستفهام على الإثباتين بينهما حرف شك فكان لإثبات الخبرية في أحدهما ونفيها عن الآخر ولإثبات افترائهم على الله تعالى ونفي الإذن منه بما لا يحل ولأن نفي الاستفهام يدل على نفي ما قرن به، فإذا قرن بحرف النفي دل ذلك على نفي ذلك النفي فيكون إثباتًا وتقريرًا ومتى قرن بالفعل والإثبات دل ذلك على نفي ذلك الفعل فلم يكن إثباتًا قال لآخر: ألست أقرضتك أمس ألفًا؟ أوَلم أقرضك؟ أوَما أقرضتك؟ فقال نعم يلزمه؛ لأن الاستفهام دخل على النفي فيكون للإثبات فكأنه قال أقرضتني ألفًا أمس.

وكذلك لو قال لآخر: أليس أقرضتني ألف درهم أمس؟ أو قال ما أقرضتني ولم تقرضني فقال الطالب: بلى فجحد المقر يلزمه المال كما بينا قال لآخر: أعطيتني أمس ألف درهم وثقّل ألف الاستفهام لا يلزمه شيء ولو لم يثقل الألف كان إقرارًا؛ لأن الألف المثقلة حرف استفهام وهذا خيار بالفعل فيكون إثباتًا فمتى دخل حرف الاستفهام عليه أوجب النفي فصار كأنه قال لم تعطني أمس ألف درهم ومتى لم يُثقِل الألف له يدخل حرف الاستفهام عليه فنفى إثباتًا فيكون إقرارًا بموجبه.

قال: لفلان عليّ ألف أوْ لا؟ أو قال غصبتك عشرة دراهم أو لم أغصبك؟ أو قال لك عليّ ألف درهم أو على فلان؟ فالقول له؛ لأن كلمة أو إن كان للتخيير بين أحد المذكورين وقد أدخله هنا بين نفي الإقرار وإثباته فكان القول في اختيار أيهما شاء، وإن كان للتشكيك في الاختيارين كما إذا قال رأيت زيدًا أو عمرًا أوجب التشكيك في رؤية أحدهما، فإذا دخل بين النفي والإثبات وقع الشك في الوجوب والنفي فلا يلزمه المال بالشك وسواء كان فلان صبيًا أو عبدًا أو حربيًا أو غيرهما؛ لأن لهؤلاء ذمة صالحة لالتزام الدين فيمكنه أن يصرف إقراره إلى فلان فلا يلزمه شيء بإقراره.

ولو قال: لك عليّ ألف أو عليّ هذا أو أضاف إلى شيء لا يكون عليه دين كالحمار والجدار ونحوهما لزمه المال عند أبي حنيفة، وعندهما لا يلزمه وهذا فرع ما لو قال لعبده: أنت حر أو هذا الحمار أو الجدار أو الميت عتق عنده خلافًا لهما.

(باب الإقرار بكذا وإلا فعليه كذا)

(المبسوط): قال: لفلان عليّ ألف درهم وإلا لفلان فهو بمنزلة قوله أو لفلان عند أبي يوسف فلا يلزمه شيء، وقال محمد: الألف للأول ولا شيء للثاني، وكذلك لو قال: لفلان عليّ مائة درهم وإلا لفلان عليّ مائة دينار فعلى هذا الخلاف.

ولو قال: لفلان عليّ مائة درهم وإلا فلفلان عليّ مائة دينار أو قال لفلان عليّ مائة درهم وإلا فعبدي حر لزمه الدراهم ولا يعتق عبده بالإجماع.

لمحمد: أن كلمة وإلّا تستعمل للتأكيد بتعليق الثاني بعدم الأول كما يقول أعطني هذا المال وإلّا حبستك وكما يقول لعبده إن فعلت كذا وإلّا آذيتك يراد به تأكيد الأول بتعليق الثاني بعدم الأول ويستعمل للتخيير أيضًا كما يقال كل هذا الطعام وإلا هذا أو البس هذا الثوب وإلا هذا أو كل أو البس هذا أو هذا فمتى كان الأول لازمًا يجعل للتأكيد، وإن لم يكن لازمًا يجعل للتخيير؛ لأن تأكيد غير اللازم لا يفيد والإقرار الأول لازم فتكون إلا لتأكيد الأول وتعليق الثاني بعدمه كأنه قال: فإن لم يكن للأول فهو للثاني، فصح الأول؛ لأنه مرسل، وبطل الثاني؛ لأنه معلق.

لأبي يوسف: أن كلمة وإلا تستعمل للتأكيد وللتخيير جميعًا لكن إن صلح الثاني مؤكدًا للأول يجعل للتأكيد وإلا فيجعل للتخيير ففي قوله عليّ مائة درهم وإلا فعبدي حر أو عليّ حَجَّة صلح للثاني مؤكدًا للأول؛ لأن الإقرار مما يؤكد باليمين فيجعل للتأكيد ويتعلق الثاني بالأول فصار معناه إن لم يكن لفلان عليّ كذا فعبده حر فلزمه المال وتم عتق عبده لانعدام الشرط وهو أن لا يكون لفلان عليه شيء، وإن لم يصلح الثاني مؤكدًا للأول، إن كان الثاني أقل ضررًا من الأول ومثله كما في قوله لفلان عليّ مائة درهم وإلا فلفلان عليّ مائة درهم أو دينار، فإنه يجعل للتخيير؛ لأن معنى التأكيد لا يحصل به؛ لأنه لا يأتي بالأول مخافة لزوم الثاني

فيجعل للتخيير حتى لا يلغو، وإن كان الثاني أكبر ضررًا من الأول كما في قوله لفلان عليّ مائة درهم وإلا فلفلان عليّ مائة دينار يجعل للتأكيد؛ لأنه يأتي بالأول ليدفع عنه زيادة ضرر الثاني كما لو أكده بالحلف وكذلك قوله أقرضني فلان مائة درهم وإلا فلفلان آخر عليّ دينار، فإنه يجعل إلا للتأكيد، وإن كان الثاني أقل ضررًا من الأول؛ لأنه لا مجانسة بين الكلامين؛ لأن الأول إقرارٌ بالفعل وهو الإقرار والثاني إقرار بالمال فلانعدام المجانسة تعذر جعله للتخيير فجعل للتأكيد فكأنه قال إن لم يكن أقرضني فعليّ دينار فيكون تعليقا للإقرار الثاني بالشرط فيلزمه المال الأول، ولو قال استقرض من فلان وقبضها وإلا فلفلان عليه ألف درهم يلزمه الأول دون الثاني؛ لأنه لا مجانسة بين الكلامين فتعذر أن يجعل وإلا للتخيير فجعل للتأكيد فيه معلقًا إقراره الثاني بشرط عدم الاستقراض والقبض من الأول وتعليق الإقرار بالشرط باطل، ولو قال أعتقت عبدي هذا وإلا فعبدي هذا حر عتق الأول دون الثاني؛ لأنه مجانسة بين الكلامين فجعل إلا للتأكيد فقد أكد عتق الأول باليمين بعتق الثاني، ولو قال قد أعتقت هذا كان مخيرًا في هذا عند أبي يوسف؛ لأنه لما تجانس الكلامين جعل إلا للتخيير فصار كأنه قال هذا حر أو هذا، وعند محمد الأول ماض والثاني باطل؛ لأن الأول منجز مرسل فينجز العتق والثاني معلق وقد انعدم شرطه فامتنع نزوله.

(باب الاستثناء في الإقرار)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: في الاستثناء للتحصيل.

والثاني: في الاستثناء للتعطيل.

(فصل)

استثناء الأكثر من الأقل جائز خلافًا لمالك والفراء، وهو رواية عن أبي يوسف لقوله تعالى: ﴿إِنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَـٰنٌ إِلَّا مَنِ ٱتَّبَعَكَ مِنَ ٱلْغَاوِينَ ﴿٤٢﴾﴾

[الحجر: ٤٢] ومن اتبع إبليس أكثر ممن لم يتبعه كما روي في الحديث إنه يعرض الناس يوم القيامة فيؤدوا واحدًا من ألف إلى الجنة والباقي من الألف إلى النار ولأن الاستثناء في اللغة تكلم بالباقي بعد الثنيا وإن قل الباقي واستثنى الكل باطل والإقرار لازم حتى لو قال له عليّ ألف درهم لا ألف درهم فالألف لازم والاستثناء باطل؛ لأن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ولا يبقى متكلمًا بشيء متى استثنى الكل فكان رجوعا لا استثناء والاستثناء يعتبر من حيث اللفظ لا من حيث المعنى حتى لو قال لامرأته أنتِ طالق أربعًا إلا ثلاثًا صح الاستثناء؛ لأن هذا استثناء من حيث اللفظ بعضًا، وإن كان كلًّا حكمًا، فإن كل الطلاق المشروع؛ لأنه كما في قوله أعط من في الدار إلا من شتمك وقد شتمه الكل لا يجوز له أن يعطيهم وقد صح الاستثناء؛ لأن الاستثناء يتبع مخرج اللفظ دون المعنى ومخرجه صحيح.

ولو قال: له عليّ ألف درهم إلا تسعمائة وخمسون درهمًا فعليه خمسون إلا عند مالك والفراء؛ لأنه عطف الخمسين على تسعمائة وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه، فإذا كان المعطوف عليه مستثنى فكذلك المعطوف.

ولو قال: لفلان عليّ مائة درهم يا فلان إلا عشرة يصح الاستثناء؛ لأن النداء لتنبيه المخاطب وتنبيه المخاطب محتاج إليه لتأكيد الخطاب لما فيه من زيادة الإعلام فلم يصر فاصلًا بين الاستثناء والمستثنى منه وصار كما لو قال لامرأته أنت طالق يا زانية إن شاء الله لم تطلق وقد مرت في الأيمان، ولو قال لفلان عليّ مائة درهم فاشهدوا عليّ بذلك إلا عشرة دراهم فاستثناء باطل؛ لأنه لا حاجة إلى الأمر بالإشهاد لصحة الإشهاد بعدما سمعوا منه الإقرار فكان لغوًا من الكلام فيعتبر فاصلًا ولأن الإشهاد إنما يكون بعد تمام الإقرار ولزومه فاشتغاله بالإشهاد دليل على أن الإقرار وقع تامًا لازمًا لو قال لفلان عليّ ألف درهم إلا عشرة دراهم قضيتها إياه لا يصح الاستثناء؛ لأنه استثناء القضاء؛ لأنه ذكر القضاء بكناية التأنيث والألف مكررة لفظًا مؤنثة معنىً والعشرة مؤنثة لفظًا ومعنى فكان جعلها كناية عن العشرة وأنها أكبر اتصالًا بها وهي مؤنثة لفظًا ومعنى أولى فصار القضاء صفة للعشرة فصار كأنه قال عليّ ألف إلا أني قد قضيت عشرة منها ولو نص على هذا

صدق في الإقرار ولم يصدق في دعوى القضاء فكذا هذا، ولو قال وقد قضيتها إياه فعليه ألف غير العشرة؛ لأن مع الواو لا يمكن أن يجعل القضاء صفة للعشرة إذ ليس بين الموصوف والوصف حرف العطف، ألا ترى أنه لو قال زيد عالم كان صفة لزيد، وإذا قال زيد وعالم لا يكون عالم صفة لزيد؛ لأن الوصف لا يعطف على الموصوف فيكون هذا منه دعوى القضاء في أصل المال فبقي استثناؤه للعشرة صحيحًا.

ولو قال: عليّ ألف درهم إلا درهم قضيتها إياه فعليه ألف غير درهم؛ لأن الدرهم مذكر لفظًا ومعنى والألف مؤنثة معنى فانصرفت كناية التأنيث إلى الألف فصار القضاء صفة للألف فصار كأنه قال عليّ ألف درهم إلا درهم إلا أني قضيت الألف.

(المنتقى): رجل قال قبضت من فلان عشرة دراهم ينقص دانقين.

قال أبو حنيفة: هو قابض للعشرة كلها؛ لأن هذا ليس باستثناء فبقي مقرًا بقبض العشرة.

وقال أبو يوسف: إذا وصل الكلام فعليه عشرة بنقصان دانقين.

ولو قال: لفلان عليّ مال لا كثير ولا قليل، قال محمد: عليه مائتا درهم؛ لأنه لما نفى القليل أولًا تعيّن الكبير تحت الإقرار والكثير عنده مائتا درهم وإن قال له عليّ مال قليل فهو درهم.

ولو قال: عليّ درهم غير دانق من ثمن يقل وقد قضيته إياه كان عليه درهم في رواية أبي سليمان؛ لأن قوله من ثمن يَقِلٌ بيان لسبب الوجوب وبيان سبب الوجوب قد يذكر عقب الإقرار لتأكيد الإقرار فلا يعتبر ذلك فاصلًا بين دانق وبين القضاء فصار قوله قد قضيته صفة للدين الذي استثناه فصار كأنه قال عليّ درهم غير دانق وقد قضيته وكان هذا منه دعوى القضاء في الدانق لا استثناء حفنة وفي رواية أبي حفص عليه درهم إلا دانق، وهو الأصح؛ لأن قوله من ثمن يقل غير محتاج إليه لتأكيد الإقرار، فإن مطلق الإقرار مجهول على التجارة فقد تخلل بين الدانق والقضاء كلام لغو غير محتاج إليه لصحة الإقرار وتأكيده فصار فاصلًا بينهما فتم

الاستثناء فصار كأنه سكت بعد الاستثناء بسكتة، ثم قال قضيته يلزمه درهم غير دانق فكذا هذا قال لفلان عليّ ألف درهم إلا مائة درهم أو خمسون فعليه تسعمائة وخمسون في رواية؛ لأنه استثنى أحد المالين المائة والخمسين فيجعل مستثنًا لأقلهما؛ لأنه مستيقن، كما لو قال عليّ مائة أو خمسون لزمه خمسون وفي رواية عليه تسعمائة؛ لأن الشك في الاستثناء يكون شكًّا في المستثنى منه ضرورة؛ لأن الاستثناء تكلم في الباقي بعد الثنيا فمتى وقع الشك في الثنيا وقع الشك في المستثنى وهو الباقي بعد الثنيا ضرورة فصار كأنه قال عليّ تسعمائة أو تسعمائة وخمسون، ولو صرح به لم يلزمه إلا تسعمائة فكذا هذا، قال لفلان عليّ ألف درهم إلا شيء يلزمه خمسمائة وشيء، وكذلك لو قال: إلا قليل أو قال عليه زهاء ألف أو قريب من الألف والقول للمقر فيما زاد على خمسمائة، وإن مات فالقول لورثته؛ لأن القول إلا شيء في العرف يذكر ويراد به القليل فصار قوله إلا شيء لقوله إلا قليل وصف المستثنى لكونه أقل من المستثنى منه فوجب الأكثر من النصف ليكون المستثنى أقل من المستثنى منه، والزهاء عبارة عن الأكثر والأعظم فقد وصف بأنه أكثر الألف أو بالقرب من الألف، ولن يتحقق ذلك إلا إذا كان أكثر من النصف، ولا طريق إلى معرفة الزيادة على النصف سوى الرجوع إلى بيانه، وكذلك هذا في المكيل والموزون والثياب وفي الغصب والوديعة.

(فصل)

الاستثناء من خلاف جنس المستثنى منه جائز عندهما إذا كان مما يدخل تحت الذمة بأن قال لفلان عليّ ألف درهم إلا دينار أو فلس إلا كر حنطة أو قال عليّ ثوب إلا دينارًا، وعند محمد وزفر باطل، وإن كان مما لا يجب يدخل في الذمة بأن قال إلا ثوبا أو إلا شاة، فالاستثناء باطل عندنا خلافًا للشافعي وهذا بناء على أن عنده موجب الاستثناء امتناع ثبوت الحكم في المستثنى مع قيام الدليل الموجب لقيام الدليل المعارض كما في التعليق عنده فيمتنع حكم الإيجاب بقدر المستثنى إن كان من جنس المستثنى منه وبقدر قيمة المستثنى إن لم يكن من جنسه، وعندنا الاستثناء بيان أن المستثنى غير داخل تحت المستثنى منه وإنه ما تكلم إلا بما وراء

المستثنى وهو الصحيح لقوله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤] ولو كان المستثنى داخلًا تحت المستثنى منه لكان هذا رجوعًا واستدراكًا للغلط وذلك لا يجوز على الله تعالى؛ ولأن كلمة الشهادة وهي قوله لا إله إلا الله نفي الألوهية عن الله تعالى، ولو كان المستثنى داخلًا تحت المستثنى منه لكان هذا نفي الألوهية عن الله تعالى أولى وهذا كفر فدل أن الاستثناء بيان أن المستثنى غير داخل تحت المستثنى منه، لمحمد وزفر أن حقيقة الاستثناء لا يتكون في خلاف الجنس؛ لأن الاستثناء ما لولاه لدخل المستثنى تحت المستثنى منه ولتناوله أصل الإيجاب، فإنه لو قال عليّ ألف إلا مائة، لولا قوله إلا مائة لزمه كل الألف، وأصل الإيجاب لم يكن متناولًا بخلاف جنسه فلم يكن هذا مستثنا بل يكون مجازًا عن حرف لكن ليس على دينار أو ثوب، لهما: أن الاستثناء من خلاف الجنس استثناء حقيقة لقوله تعالى: ﴿لَّا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَامًا﴾ [مريم: ٦٢] والسلام ليس من جنس اللغو وقوله تعالى: ﴿فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ﴿٧٣﴾ إِلَّا إِبْلِيسَ اسْتَكْبَرَ﴾ [ص: ٧٣، ٧٤] وهو من الجن لا من الملائكة؛ ولأن المقدر أن كلها جنس واحد معنى وهو الترسل والتوصل بها إلى الأشياء والأعيان المنتفعة، ولهذا يجب في الذمة ثمنًا وحالًا ومؤجلًا ويجوز الاستقراض فكأن بين المستثنى والمستثنى منه مجانسة معنى في حق الوجوب في الذمة، وفي المالية والقيمة فيجب اعتبار المجانسة في المعنى لا في الاسم والصورة وهذا كافٍ لصحة الاستثناء؛ لأن الاستثناء في الإقرار لاستخراج المستثنى عن المستثنى عنه وهو الإيجاب في الذمة بخلاف ما لو كان المستثنى ثوبًا أو شاة؛ لأنه لا يجب في الذمة مطلقًا حالًا ومؤجلًا إلا سلمًا أو بدلًا عما ليس بمال فلم يكن من جنس المستثنى منه معنى وصورة في حق الوجوب في الذمة فلم يكن استثناء حقيقة، بل معنًى ولكن ليس على ثوب أو شاة. قال لفلان عليّ مائة درهم ولفلان مائة دينار إلا دينارًا فالاستثناء من الأخير؛ لأن اسم الدراهم لا تتناول الدنانير فلم يكن الاستثناء من الدراهم استثناء لفظًا واسمًا وصورة ومعنًى فانصرف الاستثناء إلى الأخير عملًا بحقيقة الاستثناء ليكون استثناء لفظًا ومعنى.

وكذلك لو قال لفلان عليّ مائة درهم ولفلان مائة درهم إلا قيراطًا؛ لأن الاستثناء اتصل بالأخير من كل وجه وبالأول معنى بالعطف وكان صرفه إلى الأخير أولى قال لفلان عليّ ألف درهم ولفلان مائة دينار إلا درهمًا من الألف صح؛ لأنه نص على الاستثناء من الدراهم وأمكن صرف الاستثناء إليها لوجود العطف الثاني على الأول، ولو لم يبين يكون من الدنانير؛ لأن الاستثناء اتصل بالدنانير حقيقة، ولو قال لفلان عليّ ألف درهم ومائة دينار إلا درهمًا جعل من الدراهم استحسانًا، والقياس أن يصرف الاستثناء إلى ما يليه لاتصاله به، وجه الاستحسان: أن ضرر النقصان بالاستثناء راجع إلى واحد ولا يتفاوت الضرر في حقه إلى أي المالين صرفنا الاستثناء إليه إلا أن الصرف إلى الجنس أولى عملًا بحقيقة الاستثناء بخلاف ما لو كان المقر له اثنان؛ لأن كل واحد يقول: الضرر يرجع إلى صاحبي لا إليّ فصرفناه إلى ما يليه؛ لأن اتصاله به حقيقة واتصاله بالمال الأول باعتبار العطف لا حقيقة. قال لفلان عليّ ألف درهم إلا مائة درهم وعشرة دنانير إلا قيراطًا فالمستثنى مائة وعشرة دنانير غير قيراط يطرح ذلك من الدراهم؛ لأنه استثنى المائة من الألف وعطف الدنانير على الاستثناء والمعطوف على الاستثناء يكون استثناء كالمعطوف على الإقرار يكون إقرارًا لأن المعطوف في حكم المعطوف عليه، ثم استثنى القيراط من المستثنى والاستثناء من المستثنى صحيح لما عرف فبقي القيراط تحت الإيجاب فيطرح من الألف مائة درهم وقيمة عشرة دنانير إلا قيراطًا فهذا قولهما، ولم يذكر قول محمد قالوا ويجب على قوله أن يلزمه تسعمائة وعشرة دنانير غير قيراط؛ لأن عنده استثناء الجنس من خلاف الجنس باطل فلم يمكن أن يجعل قوله وعشرة معطوفًا على الاستثناء وأمكن أن يجعل معطوفًا على الإقرار؛ لأنه يقدمه ذكر الإقرار فيجعل معطوفًا على الإقرار لكي لا يلغو كلامه.

لفلان عليّ ألف درهم ومائة دينار إلا مائة وعشرة دنانير فعليه تسعمائة درهم وتسعون دينارًا؛ لأنه العشرة مستثناة لكونها معطوفة على المستثنى والمقر له بالمالين واحد فيصرف كل استثناء إلى جنسه ليكون عملًا بحقيقة الاستثناء. له عليّ ألف درهم ومائتا دينار إلا ألف درهم فالاستثناء باطل إذا كان المقر له واحدًا؛ لأنه

استثنى أحد النوعين كله؛ لأن المقر له متى كان واحدًا يصرف الاستثناء إلى جنسه وجنس المستثنى هو الألف فقد استثنى جميع أحد المالين فبطل.

لفلان عليّ كر حنطة وكر شعير إلا كر حنطة وقفيز شعير فاستثناؤه الشعير جائز والحنطة باطل، وعند أبي حنيفة يلزمه الكران وهذا بناء على أن استثناؤه الحنطة بأقل فيكون ذلك لغوًا من الكلام فقد تخلل بين الاستثناء والمستثنى منه كلام لغو فصار فاصلًا والاستثناء باطلًا عنده كما لو سكت، وعندهما لا يصير فاصلًا، كما لو قال لعبده أنت حر وحر إن شاء الله كان استثناؤه باطلًا عنده خلافًا لهما.

(**المنتقى**): ولو قال: عليّ دينار إلا مائة درهم فالاستثناء باطل؛ لأن المائة أكثر من الدينار؛ لأن الاستثناء باعتبار القيمة وقيمة المائة أكبر، ولو قال: عليّ درهم إلا رطل زيت أو قربة ماء فعليه درهم إلا قيمة مثل رطل زيت أو قربة ماء، ولو قال: عليّ عشرة أرطال سمن إلا درهمًا أو عليّ كر حنطة إلا خمسة أرطال زيت فالاستثناء باطل؛ لأن هذا مما لا يتعامل الناس به فيما بينهم والأول مما يتعامل الناس به. قال أبو حنيفة: إذا قال لفلان عليّ مائة درهم إلا قليل فعليه أحد وخمسون درهمًا جعل الزيادة على النصف درهمًا، ولو قال: عليّ عشرة دراهم إلا بعضها فعليه أكثر من النصف، وكذلك لو قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا إلا بعضها فهي اثنتان، ولو قال: لفلان عليّ عشرة دراهم إلا درهمًا زيفًا فعند أبي حنيفة عليه عشرة دراهم جياد؛ لأن مطلق اسم الدراهم ينطلق على الجياد فلا يتصور استثناء الزيافة عن الجياد، وعند أبي يوسف عليه عشرة دراهم جياد وله على المقر له درهم زيف يأخذه منه، ولو قال عليّ عشرة دراهم إلا درهم زيوف فعليه عشرة دراهم إلا قيمة درهم زيوف بالإجماع؛ لأن الزيوف ليس من جنس الدراهم فكان الاستثناء من حيث القيمة، فأما الزيوف من جنس الدراهم ذاتًا لا وصفًا والاستثناء من وصف الزيادة لا يتصور.

(فصل)

لو قال: لفلان عليّ ألف درهم إن شاء الله فالإقرار باطل؛ لأن التعليق بشرط لم

يعلم وجوده بحال يكون باطلًا كما في الطلاق والعتاق خصوصًا في الإيجابات، فإن الإيجابات تبطل بالتعليق كالهبة والبيع، ولهذا إن الإقرار المعلق بالشرط باطل ولو كتب ذكر حجة لفلان على فلان كذا وأجله إلى كذا ومن قام بإثبات الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله لا يلزمه ما في الصك عند أبي حنيفة وعندهما يلزمه استحسانًا؛ لأن المعهود والمتعارف فيما بين الناس أن هذا الاستثناء على من يقوم بإثبات هذا الحق لا على كل ما في الصك؛ لأن الصك في العرف والعادة إنما يكتب لتحصين الحقوق وتوكيدها وفي صرف الاستثناء إلى جميع ما في الصك إبطال معنى التحصين وتوكيدها وإنه خلاف المتعارف، ومطلق المكتوب محمول على المتعارف كمطلق المذكور. له: أن هذه كلمات موصولة بعضها على بعض معطوفة، ولهذا لو قرأ ما في الصك فقال نعم انصرف قوله إلى جميع ما في الصك حتى حل للسامع أن يشهد عليه بجميع ذلك فكذا إذا تعقبها الاستثناء يصرف إلى الكل لقوله امرأتي طالق وعبده حر إن شاء الله والتعارف ممنوع، فإن الصك أيضًا كتب للتحصين والتوكيد إذا لم يكتب في آخره إن شاء الله أما إذا كتب في آخره إن شاء الله لا يكتب للتحصين كما في الإقرار.

(باب تعليق الإقرار بالشرط)

(المبسوط): أصله أن تعليق الإقرار بالشرط باطل والمال لازم؛ لأن الإقرار إخبار عن كائن سابق والكائن لا يعلق بالشرط وإنما يعلق بالشرط غير كائن ليصير كائنًا عند وجود الشرط؛ لأنه إخبار يتردد بين الصدق والكذب، فإن كان صدوقًا لا يصير كذوبا بفوات الشرط، وإن كان كذوبا فلا يصير صدوقا بوجود الشرط فلا فائدة في تعليقه بالشرط فلغى تعليق الإقرار بالشرط إلا إذا كان الشرط سببًا لحلول الأجل كالموت ومحي العد فيصح تعليقه بذلك الشرط؛ لأنه يراد بذلك الاختصار عن محل الأجل لو قال لفلان عليّ ألف إلا أن يبدو لي وأرى غير ذلك لا يلزمه؛ لأن هذا اللفظ تعليق بالشرط؛ لأن معناه إن لم أر غير ذلك، وإن لم يبدو لي غير ذلك، ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إلا أن يبدو لي وإلا أن أرى غير ذلك كان

تعليقًا بالشرط فكذا هذا لو قال لفلان عليّ ألف درهم فما أعلم فهو باطل، ولو قال اشهدوا أن لفلان عليّ ألف درهم فيما أعلم كانت الشهادة باطلة وهذا عندهما.

وقال أبو يوسف: هو شك في الشهادة ليس في الإقرار لازم له؛ لأن الإنسان عارف بحقيقة الحال فيما عليه والإخبار عن نفسه مؤكد لإقراره وغير عارفٍ فيما على الغير؛ لأنه لا طريق له إلى معرفته فكان قوله فيما أعلم استثناء لنفسه بمنزلة قوله: فيما أحسب أو فيما أظن.

لهما: أن الإقرار والشهادة كل واحد منهما خبر عن أمر ماض وما كان ماضيًا فليس بمتيقن عنده في الحال لا في حق نفسه ولا في حق غيره بجواز أن يكون عنده أن الدين واجب عليه وليس بواجب عليه لإبراء الطالب إياه أو لاستيفائه منه أو بتبرع الأجنبي بالقضاء عنه أو لمفسد يمكن في أصل السبب فيمتنع وجوب المال به وكان قوله فيما أعلم استثناء لليقين في الفصلين جميعًا.

ولو قال: قد علمت أن له عليّ ألف درهم يلزمه؛ لأنه إخبار عن علم وقد أكد علمه عما أخبر به؛ لأن قد للتأكيد، والشاهد لو قال قد علمت فأنا أشهد عليه بما قد علمت لم يكن ذلك قدحًا في الشهادة فكذلك لا يكون قدحًا في الإقرار.

ولو قال: فيما أظن أو فيما أرى أو فيما رأيت لم يلزمه شيء بالإجماع؛ لأن هذه الألفاظ شك فلا يجب المال مع الشك.

ولو قال: لا حق لي على فلان فيما أعلم أو في علمي أو في نفسي أو في كتابي أو حسابي ثم أقام البينة أن عليه حق يقبل؛ لأن هذه الألفاظ تذكر للتشكيك ولاستثناء اليقين عادة وقد قرن بها بالبراءة وإقرار الشاك لا يشك، وقيل عند أبي يوسف صح هذا الإقرار، والصحيح أن هذا قولهم جميعًا والفرق لأبي يوسف بين هذا وبين الإقرار بالمال أنه لا طريق له إلى معرفة انتفاء حقوقه عن الغير حقيقة؛ لأنه قد يكون للإنسان دين على غيره وهو لا يعلمه أو نسيه فيقول لا حق لي على فلان فيما أعلم ثم إذا علم يقيم البينة فتقبل لعدم التناقض، فأما يعلم بوجوب الحق للغير عليه بمعرفة سببه فصدر إقراره عن علم فصح، ولو قال: قد علمت أن لا حق قبله لم تقبل بينته؛ لأن هذا يقين. أقر أن لفلان عليّ ألف إن حلف لا يلزمه؛ لأنه

علق الإقرار بشرط فيه خطر وهو يهين الخصم فكان تعليقًا فكان باطلًا كما لو علَّق المشبه فلان.

(فصل)

قال: لفلان عليّ ألف إن شاء فلان فشاء فلان فالإقرار باطل ولذلك قوله إن مطرت السماء أو أراد الله أو قدره أو يسره وإن أصبت مالًا؛ لأن الإقرار لا يحتمل التعليق.

ولو قال: اشهدوا أن له عليّ مائة إن مت، يلزمه المال للحال إن لم يصدقه في الأجل؛ لذلك لو قال عليّ مائة إذا جاء غدًا أو رأس الشهر أو إذا أفطر الناس؛ لأن هذا ليس بتعليق بالشرط، بل هو دعوى منه للأجل إلى الوقت المذكور؛ لأنه أضاف الإقرار إلى ما هو سبب لحلول الأجل، فإن الدين يصير حالًا بهذه الأسباب فجعل ذلك إقرارًا منه بدين مؤجل، فإن صدقه الطالب كان مؤجلًا وإلا كان معجلًا وفي الأول ما ذكر ليس من آجال الناس فيكون تعليق الإقرار بالشرط حقيقة. علي ألف درهم إن حمل متاعي إلى منزله بالبصرة وهو حاضر يسمع فهو إجازة؛ لأنه أوجب المال بشرط وجود العمل فكان بمنزلة قوله لك عليّ ألف درهم على أن يحمل هذا المتاع إلى البصرة قال عليّ مائة في شهادة فلان أو علمه أو قضائه لا يلزمه.

ولو قال: بشهادة فلان أو بعلمه أو بحكمه لزمه، والفرق أن كلمة في متى قرنت بالفعل صار ذلك الفعل شرطًا كمن قال لامرأته: أنت طالق في دخولك الدار فصار كأنه قال إن شهد فلان أو علم فلان. وتعليق الإقرار بالشرط باطل وحرف الباء للإلصاق والإثبات يقال هذا حلال بالكتاب والسنة ولا يتحقق إلصاق شهادة فلان وعلمه بما أقر به إلا بعد وجوبه فكان مقرًا بوجوب المال عليه مؤكدًا لذلك بشهادة فلان.

ولو قال: يقول فلان أو في قوله أو يذكره أو في ذكره أو بحسابه أو في كتابه لا يلزمه؛ لأن فعل وقول غيره سوى الشهادة لا ينزله في وجوب المال؛ لأنه ليس بحجة موجبة للقضاء؛ لأنه قد يكون حقًا وقد يكون خطأ اقترنت به كلمة الشك

بخلاف الشهادة والعلم؛ لأنه حجة لإثبات المال عليه فقد قرن به ما يؤكد وجوب المال عليه وهو الحجة واليقين.

ولو قال: في صك أو في صكه أو بصكه أو في كتابه أو بكتابه أو بحسابه أو في كتاب بيني وبينه أو بحساب من شركة أو من تجارة بيني وبينه أو سلم أو في سلم أو سلف أو في سلف أو بيع أو كفالة أو بكفالة أو على كفالة أو بإجارة أو لإجارة لزمه المال؛ لأن مثل هذه الألفاظ تذكر لبيان سبب وجوب المال ومحل الذي أثبت فيه وجوب المال فيكون توكيدًا وتقريرًا لإقراره لا قدحًا فيه.

ولو قال بفتوى فلان أو في فتواه لا يلزمه، ولو قال بقضائه يلزمه إن كان قاضيًا؛ لأن القضاء حجة موجبة عليه فقد ألصق القضاء بالمال والمال المقضي به لا يكون إلا واجبًا فصار كقوله بشهادة فلان والفتوى ليس بحجة موجبة المال عليه بجواز أن يكون الحادثة مجتهدًا فيها خالف اعتقاد المستفتي فيها مذهب المفتي أو يكون مخطئا في فتواه فصار بمنزلة قوله بقول فلان، وكذلك لو قال الطالب حاكمته إليه فقضى لي عليه؛ لأن قضاء الحكم في حق الخصمين كقضاء القاضي في حق الكافة.

(باب الإقرار والإشهاد عليه بمال واحد مرتهن)

(المبسوط): أصله أن المنكر إذا أعيد منكرًا فالثاني غير الأول لقوله تعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝٥ إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝٦﴾ [الشرح: ٥، ٦] فاليسر الثاني غير الأول حتى قال ابن عباس رضي الله عنهما: لن يغلب عسر يسرين فالمُنكَر إذا أعيد مُعرَّفًا كان الثاني هو الأول لقوله تعالى: ﴿كَمَآ أَرْسَلْنَآ إِلَىٰ فِرْعَوْنَ رَسُولًا ۝١٥ فَعَصَىٰ فِرْعَوْنُ ٱلرَّسُولَ﴾ [المزمل: ١٥، ١٦] وهذا؛ لأن كلام العاقل مهما أمكن حمله على الإفادة لا يحمل على التكرار والإعادة، فإذا صار الأول مؤكدًا مستحكمًا لم تكن الإعادة مفيدة فحمل على الإفادة الجديدة، ومتى لم يصر مستحكمًا كانت الإعادة مفيدة كما في الإعادة استحكامه بإتمام الحجة. أشهد على نفسه رجلين بمائة ثم أشهد آخرين بمائة فلا يخلو إما أن كان به صك أو لم يكن وكل وجه لا يخلو، إما أن كان

الإشهاد في موطن أو موطنين، فإن كان به صك والصك واحد فهو إقرار بمال واحد سواء كان في موطن أو موطنين؛ لأن الإقرار الثاني مضاف إلى المكتوب في الصك وذلك مال واحد؛ لأن الإقرار الثاني معرفٌ بالمال الثابت في الصك والمُنكَّر إذا أعيد معرَّفًا كان الثاني غير الأول، وإن كان في صكين هو إقرار بمالين؛ لأن كل إقرار مضاف إلى مال على حدة، فالصكان بمنزلة مالين مختلفين قد نسب كل مال مبهمًا إلى غير ما نسب إليه المال الأول، وكذلك إن اختلف السبب بأن أقر له بألف ثمن هذا العبد وأشهد عليه ثم أقر بألف ثمن هذه الجارية وأشهد عليه يلزمه مالًا بخلاف ما لو كان السبب متحدًا بأن أقر له بألف ثمن هذا العبد ثم أقر بألف ثمن هذا العبد، فإنه يكون مالًا واحدًا؛ لأن اتحاد السبب يدل على اتحاد الواجب، فأما إذا لم يكن به صك وأقر بمائة وأشهد شاهدين ثم أقر بمائة في ذلك الموطن وأشهد شاهدين لا رواية فيه.

واختلف المشايخ فيه؛ ذكر الكرخي؛ أنه يلزمه مالان على قول أبي حنيفة؛ لأنه لا حاجة إلى الإعادة والتكرار بعد تمام الشهادة على الإقرار؛ لأنه صار مؤكدًا أو مستحكمًا بالإشهاد فيعتبر الثاني إقرارًا على حدة كما تقتضيه حقيقة اللفظ.

وذكر الطحاوي: أنه يلزمه مال واحد عندهم جميعًا؛ لأن المجلس متحد والمجلس الواحد يجمع الأقوال المتفرقة فتكون متحدة حكمًا كالأقارير بالزنا في مجلس واحد في حكم إقرار واحد مع أن الحاجة ماسة إلى زيادة التأكيد والاستحكام بزيادة الشهود؛ لأن العادة جرت في الاستكثار من الشهود لزيادة التأكيد حتى لو مات البعض تبقى الوثيقة مؤكدة بالباقي فتعتبر إعادة، وتكرار الأول للحاجة، وإن كانا في موطنين فلا يخلو إما أن أشهد على الإقرار الثاني الشاهدين الأولين أو غيرهما فعندهما يلزمه المال واحد في الوجهين ويدخل الأقل في الأكثر، وعند أبي حنيفة إن أشهد الشاهدين الأولين فالمالك واحد وإن أشهد آخرين يلزمه المالان أقل أو أكثر في ظاهر الرواية.

وذكر الخصاف على عكس هذا لهما أن الإعادة والتكرار بعد تمام الإشهاد محتاج إليه لزيادة الإشهاد في موطن آخر، فإن المقصود من الإشهاد إثبات الحق

حالة التجاحد والتناكر وربما لا يمكنه إثبات حقه إذا اقتصر على شاهدين لموتهما أو غيبيهما أو زوال عدالتهما وربما لاتخذ الزيادة في مجلس واحد فيحتاج إلى إعادة الإقرار في مجلس آخر لزيادة الإشهاد. له: أن الحاجة إلى زيادة الإشهاد بعد تمام الحجة حاجةٌ موهومةٌ غير متحققة؛ لأنه قد تقع الحاجة إلى هذا وقد لا تقع، وحقيقة الكلام إنما بين الحاجة متحققة لا حاجة متوهمة، فإن الموهومات لا عبرة بها في الأحكام سيما إذا تضمن اعتبارها ترك الحقيقة وهي التكرار والإعادة بخلاف ما لو أقر وأشهد شاهدين ثم أقر به ثانيًا عند القاضي؛ لأنه يستفيد بإشهاد القاضي زيادة فائدة حتى لا يحتاج المدعِي إلى إقامة البينة عند التجاحد فكان التكرار محتاجًا إليه، ويجوز ترك الحقيقة باعتبار الحاجة مع أن المدعِي ادعى تلك المائة والمنكَّر إذا أعيد معرفًا كان الثاني هو الأول. وجه رواية الخصاف أنه متى أشهد غيرهما يلزمه مال واحد وإن أشهد الأوليين يلزمه مالان؛ لأن العادة جرت في الاستكثار من الشهود فمتى أشهد الأوليين لا يكون استكثارًا بل يكون استئنافًا للحجة فيكون إقرارًا بمال آخر، ومتى أشهد غيرهما يكون استكثارًا لا استئنافًا. وجه ظاهر الرواية: أن المقصود من إشهاد الأوليين على إقرار الثاني التذكر لهما لذلك الإقرار لا استئنافًا للإشهاد والحجة ومتى أشهد غيرهما فالحجة قد تمت بإشهاد الأوليين فيكون إشهاد غيرهما استئنافًا للحجة واستئنافًا للإثبات.

(المنتقى): وإن جاء بشاهدين على ألف درهم وجاء بشاهدين على ألف درهم ولا يعلم في موطن واحد أو في موطنين نسي الشهود ذلك فهو مالان إلا أن يعرف أنه موطن واحد؛ لأن اختلاف الشهود دليل على اختلاف المجلس إلا أن يظهر بالدليل أنه أراده مالًا واحدًا أو كان الموطن واحدًا، ولو ادعى على رجل ألفًا عند القاضي فأقر بها ثم أعاده إلى القاضي في مجلس آخر فادعى ألفًا فأقر بها فقال الطالب قد أقر لي بألفين وقال المطلوب هي ألف تلزمه ألف واحدة؛ لأن الإقرار في المجلس الأول كان لثبوت المال عليه والإقرار في المجلس الثاني كان للخروج من موجب الإقرار الأول ونقضه عن حقه فلا يكون إقرارًا مستأنفًا بمال آخر، وكذلك لو ادعى عليه في المجلس الثاني خمسمائة فأقر بها يلزمه الألف الأول لا

غير؛ لأن خمسمائة بعض موجب الإقرار الأول فلا يكون إقرارًا بمال آخر، وكذلك لو ادعى في المجلس الثاني ألفين فأقر بهما فادعى الطالب ثلاثة آلاف وقال المطلوب إنما له عليّ ألفان فالقول قول المطلوب؛ لأن الإقرار الثاني للخروج عن موجب الإقرار الأول وإيجاب للزيادة عليه وهي الألف فيجب عليه الزيادة فيلزمه ألفان، وإن أشهد رجلين على ألف في موطن ثم أشهد آخرين على خمسمائة في موطن ثم أشهد آخرين على ألف وخمسمائة في موطن وهذه ثلاثة آلاف لازمة.

قال أبو يوسف: رجل ادعى على رجل ألف درهم في صك ومائة دينار في صك وفي كل واحد من الصكين مكتوب وهو جميع مالي عليه لا شيء لي عليه غيرها وأقام بينة على كل واحد من الصكين يلزمه المالان وصار كأنه قال لي عليه ألف درهم لا شيء لي عليه غيرها ولي عليه مائة دينار لا شيء لي عليه غيرها، ولو صرح القول على هذا الوجه لزمه المالان جميعًا فكذا هذا.

وقال المعلى عن محمد: يعطيه أي المالين شاء؛ لأن الواجب أحدهما لا يعينه.

قال الحاكم أبو الفضل في (المنتقى): وذكر هشام عن محمد لا يلزمه شيء لإدخال الشك في الوجوب، وهكذا ذكر في "نوادر ابن رستم" عن محمد لو أقام البينة عند القاضي أن له على هذا ألف درهم لا شيء له عليه غيرها ثم أقام أيضًا بينة أن له عليه مائة دينار ليس عليه غيرها يبطل المالان جميعًا.

(باب الإقرار بمال دفع إليه فلان وهو لآخر)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: بالإقرار بالملك المطلق.

والثاني: في الإقرار بالملك المرسل.

والثالث: في الإقرار بالملك بسبب.

(فصل)

مسائله على وجهين:

أحدهما: إذا أقر لرجل بالدفع أولًا ثم بالملك آخرًا.

والثاني: أقر بالملك أولًا ثم بالدفع ثانيًا، وكل وجه لا يخلو، إما أقر الدافع بالملك لآخر وادعى الإذن من جهته أو ادعى كل واحد الملك لنفسه. أما **الوجه الأول**: قال دفع إلي هذه الألف فلان وهي لفلان آخر وصدقه الدافع فادعى الإذن بالدفع من جهة الثاني وصدقه الثاني فيه يدفع المقر إلى أيهما شاء؛ لأنه ثبت كون الدافع وكيلًا بالإيداع بتصادقهم جميعًا وحقوق العقد راجعة إلى الوكيل، وإن كذبه الثاني في الإذن لا يدفع إلى الدافع؛ لأنهما تصادقا أن الملك للثاني إلا أن الدافع يدعي الإذن والوكالة ولم يثبت وكالته لإنكار المقر له فلم يثبت له حق القبض ولا يضمن للدافع شيئًا؛ لأنه رد الوديعة إلى المالك، والمستودع متى رد الوديعة إلى الموكل لا يضمن للوكيل بالإيداع كالمشتري من الوكيل بالبيع إذا دفع الثمن إلى الموكل يبرأ عن الثمن فكذا هذا، فأما إذا ادعى كل واحد الملك لنفسه فهي للدافع ولا يضمن للثاني؛ لأنه أقر له بالمال أولًا حين أقر أنه وصل إليه من يده فثبت الملك للأول باليد فإقراره للثاني صادف ملك غيره فلا يصح، فإذا رده إلى الدافع برئ؛ لأنه دفع إلى من أحد منه كمودع الغاصب يبرأ بالرد عليه وهنا أولى.

وأما **الوجه الثاني**: لو قال هي لفلان دفعها إلى فلان وأقر الدافع بكونه مأمورًا بالدفع إليه فهي للأول لا للدافع؛ لأنه سبق إقراره بالملك للأول فلم يصح إقراره باليد للثاني في حق الأول كما لا يصح إقراره بالملك للثاني، وإن ادعاها الدافع عليه اليمين، فإن حلف ما هي لفلان ضمن المقر للدافع أن دفع إلى الأول بغير قضاء؛ لأن إقرار المقر حجة في حقه فقد زعم أن المال وصل إليه من جهة الثاني وقد دفع ماله إلى غيره باختياره بغير إذنه فضمن، وإن دفع نقضًا فكذلك عند محمد، وعند أبي يوسف لا يضمن وكذلك العارية لما يأتي في باب الإقرار بوارث آخر.

وكذلك لو قال: هذه الألف لفلان أرسل بها إليّ مع فلان وديعة فادعياها فهي للأول لسبق الإقرار له بها إلا أن يقول: ليست لي فللدافع؛ لأن الأول كذبه فيما أقر له فيبطل حقه بتكذيبه وصدق الرسول في إقراره فيكون للرسول وليس للرسول استرداد العين إذا كان المرسل غائبا؛ لأن الرسالة قد انتهت بإيصال المال عليه ولا سبيل له على استرداد ما سلم بالرسالة.

ولو قال: استعرت هذا الثوب من فلان فبعثه إليّ مع فلان فهو للمعير؛ لأنه أقر بالملك واليد للمعير أولًا ثم أقر باليد لغيره فلم يصح إقراره في حق الأول فيلزمه الدفع إليه. قال فلان أتى بهذا الثوب عارية من فلان فادعياه فهو للرسول؛ لأنه أقر به باليد أولًا ثم أقر بالملك لغيره فلم يصح إقراره للثاني في حق الأول. قال الخياط هذا الثوب لفلان سلمه إليّ فلان فادعياه فللمقر له أولًا ولا يضمن للثاني شيئًا عند أبي حنيفة وعندهما يضمن؛ لأن الأخير المشترك أمين عنده وعندهما ضمين وفي رواية أبي حفص لا يضمن للثاني عند أبي يوسف؛ لأن التلف ما حصل بإقراره وإنما حصل بالدفع وهو مجبر عليه من جهة القاضي.

(فصل)

لو قال: هذا العبد لفلان، ثم قال: لفلان، يُقضى للأول وإن دفع إلى الأول بغير قضاء يضمن قيمته للآخر، وإن دفع بقضاء لا يضمن.

وقال زفر: يضمن؛ لأنه أتلف بإقراره الأول العبد على الثاني، فإنه لولا إقراره للأول لسلم العبد للثاني فيضمن كالشاهد إذا رجع عن شهادته بعد القضاء.

لنا: أن إقراره للأول لا يصلح سببًا للضمان؛ لأنه مجرد قول ما أزال على الثاني ملكًا ولا يدا؛ لأنه لم يكن للثاني ملك ولا يد حال ما أقر للأول فلم يصر متلفًا ملكًا ولا يدًا للثاني فصار كالمودع إذا باع الوديعة أو أقر به للآخر ولم يدفع إليه فلا يجوز أن يضمن بالدفع؛ لأنه مكره فيه ومجبر عليه من جهة القاضي والمكره على دفع مال الغير لا يضمن وصار كالمودع إذا دفع الوديعة إلى غيره مكرها بخلاف ما لو دفع بغير قضاء؛ لأنه مختار فيه قال هذا العبد لفلان إلا نصفه فإنه لفلان، صح الاستثناء؛ لأنه استثنى بعض ما يتناوله الكلام فصح فبقي مقرًا للأول بما وراء المستثنى وذلك لا يمنع إقراره بالمستثنى للثاني، كما لو قال: إلا نصفه لي كان صحيحًا فكذا إذا قال إلا نصفه لفلان، وكذلك لو قال هذا العبد لفلان وهذا العبد لفلان إلا هذا فإنه لفلان، وكذلك لو قال هذا العبد لفلان وهذا العبد لفلان إلا نصف الأول، فإنه لفلان وإلا نصف الآخر، فإنه لفلان كان كما قال؛ لأن الكلام

موصول بعضه ببعض وقد استثنى من كل كلام بعضه فكان صحيحًا على أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى، ولو قال هذا العبد لفلان وهذا العبد له إلا الأول، فإنه لي كانا لفلان؛ لأنه تكلم بكلامين وأحدهما معطوف على الآخر ثم استثنى جميع ما تناوله أحد الكلامين واستثناء الكل باطل بخلاف ما لو قال هذان العبدان لفلان إلا هذا؛ لأنه أقر بالعبدين بكلام فكان الكل جملة واحدة فكانا استثناؤه أحدهما صحيحًا.

(فصل)

قال: غصبت هذا العبد من فلان، ثم قال: من فلان، فهو للأول ويُقضى بقيمته للثاني دفعه أو لم يدفعه حتى قضى القاضي وكذلك الوديعة والعارية عند محمد.

وعند أبي يوسف: إن دفع إلى الأول بقضاء لم يضمن، فإن دفع بغير قضاء ضمن.

لمحمد: أن المودع التزم حفظ المال لمالكه بالعقد، فإذا أقر به لغيره فقد ضيع الحفظ وتركه وعرضه للتلف والسرقة؛ لأنه لولا إقراره للمقر له لما أخذه والمودع ضمن بالتبضيع وترك الحفظ لمودعه كما لو دل سارقًا على سرقته لأبي يوسف أن لمجرد إقراره ما أتلف على الثاني شيئًا لا ملكًا ولا يدًا ولا ترك حفظًا؛ لأن الوديعة محفوظة في يده محرزة بحرزه فلم يصر مسبّبًا لتلفها، ولا يجوز أن يضمن بالتسليم؛ لأنه مجبر عليه من جهة القاضي فلا يضمن، كما لو قال هذه الألف لفلان لا بل لفلان ودفع إلى الأول بقضاء، وكذلك جميع أصناف الملك ما خلا العقار عند أبي يوسف لا يضمن للثاني شيئًا لما عرف. قال هذا العبد لفلان غصبته من فلان آخر يقضي للمقر له لا للمغصوب منه بشيء؛ لأنه مقر بالملك الأول شاهد عليه بالغصب للثاني وإقراره لغيره مقبول وشهادته عليه بالغصب مردودة.

وإن قال: هذه الألف لفلان أقرضنيها فلان فادعياها فهي للمقر له أولًا وللمقرض عليه ألف أخرى؛ لأنه أقر بالألف للأول فصح وأقر للثاني بمثلها في ذمته؛ لأنه أقر أنه قبض ألفًا من الثاني بجهة القرض، والإقراض يوجب الضمان كالغصب فلزمه الإقرار أن في يده عبد قال هو لفلان باعنيه فلان آخر بألف وصدقه

البائع في البيع وحلف المقر له أنه لم يأذن بالبيع يقضى بالعبد للمقر له وبالثمن للبائع؛ لأنه أقر للأول بالعبد وللثاني بثمنه؛ لأنه أقر بشرائه من الثالث والشراء سبب لوجود الضمان بالثمن فتضمن للثاني.

(المنتقى): رجل في يده أمة فقال: هي لفلان استودعنيها، ثم قال: بل فلان أودعنيها، فهي له يُقضى بها للأول، ثم اشتراها المقر، فإنه يدفعها إلى الثاني، ولو ماتت في يده يُقضى بقيمتها للأول؛ لأنه جحدها بالقول الآخر واستملكها بالقول الأول.

(باب الإقرار بمال اقتضاه من آخر)

(المبسوط): أصله أنه متى أقر بالسبب الموجب للضمان وهو الأخذ من الغير ثم ادعى ما يبرئه عنه وثان قال أخذت مالك بإذنك وديعة أو عارية أو أكلت طعامك بإذنك وأنكر صاحبه لا يصدق إلا بحجة وذلك لأن أخذ مال الغير سبب لوجوب ضمان الرد حال قيامه وضمان القيمة حال هلاكه لقوله عليه السلام: "**عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تردَّ**"[1] أي: على صاحب اليد ضمان ما أخذت حتى ترد فتحقق سبب الضمان بإقراره ثم ادعى إخراج نفسه عن الضمان فلا تقبل إلا بحجة.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٤٦/٦ (٢٠٩٤١) قال: حدثنا عبدة بن سليمان. و«أحمد» ٨/٥ (٢٠٣٤٦) قال: حدثنا محمد بن جعفر، ومحمد بن بشر. وفي ١٢/٥ (٢٠٣٩٣) قال: حدثنا عبد الوهاب الخفاف. وفي ١٣/٥ (٢٠٤١٨) قال: حدثنا يحيى بن سعيد. و«الدارمي» (٢٧٥٩) قال: أخبرنا محمد بن المنهال، قال: حدثنا يزيد بن زريع. و«ابن ماجه» (٢٤٠٠) قال: حدثنا إبراهيم بن المستمر، قال: حدثنا محمد بن عبد الله (ح) وحدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا ابن أبي عدي. و«أبو داود» (٣٥٦١) قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا يحيى. و«الترمذي» (١٢٦٦) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا ابن أبي عدي. و«النسائي»، في «الكبرى» (٥٧٥١) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا خالد.

تسعتهم: (عبدة، وابن جعفر، وابن بشر، وعبد الوهاب، ويحيى، ويزيد، ومحمد بن عبد الله، وابن أبي عدي، وخالد بن الحارث) عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن الحسن البصري، فذكره.

ثم المسائل على فصلين:

أحدهما: في أخذ مال الغير من يده.

والثاني: في الأخذ من بيته.

(فصل)

قال: قبضت منه ألف درهم كانت لي عليه أو وديعة عنده أو هبة منه، وقال فلان: أخذت ولم يكن لك عليّ دين، يجبر على الرد مع يمين المسترد أنه ليس له؛ لأنه أقر بقبض مال مضمون؛ لأن المقتضي يستوفي مال المضمون والمديون مثل ماله عليه فيصير قصاصًا بدينه والقبض المضمون من ملك الغير سبب لوجوب الضمان عليه.

ولو أقر به ثم ادعى ما يبرئه عن الضمان بالمقايضة فلا تقبل دعواه بغير حجة، ولو قال: أسكنت بيتي فلانًا هذا ثم أخرجته ودفعه إليّ والساكن يدعيه لنفسه أو قال أخذت منك هذه الدار أو أعرت منك هذه الدابة أو أودعتك هذه الألف ثم استردتها منك أو قال دفعت هذا الثوب إلى فلان ليخيطه إلا أن يكون معروفا أنه كان للمقر، ولذلك لو قال: وضعت ثوبي في بيت فلان ثم أخذته لم يضمن عند أبي حنيفة وعندهما يضمن.

لهما: أنه أقر بالسبب الموجب لضمان الرد وهو الأخذ من فلان ثم ادعى ما يبرئه عن الرد فلا يقبل. له: أنه ما أقر بالسبب الموجب للرد؛ لأن يد المستأجر والمستعير تنبني على يد الآجر والمعير والحكم لليد الأصلية والقديمة لا للعارضة والبينة فقد أقر له بيد ثانية عارضية من جهته بتصرفه لا بيد أصلية قديمة له فلم يصر مقرًا بما يوجب استحقاق اليد له، بخلاف ما لو أقر باليد والقبض أولًا ثم ادعى وديعة أو عارية؛ لأنه أقر بيد أصلية كانت ثابتة له فيما استوفاه فأوجب ضمان الرد عليه وهذا الرجل في يده، عبد أقر أنه باعه من فلان بألف درهم وقال فلان: العبد عبدي لا يؤمر برد العبد عليه ولو لم يقل في مسألة الخياطة وغيرها قبضته لا يرد اتفاقا؛ لأنه قد يخيط الثوب وهو في يد صاحبه بأن كان يخيط في دار المالك فلا أثبت له يد في الثوب فلم يقر بسبب الضمان وهو الأخذ منه. أقر أن فلانًا ساكن في هذا البيت يقضي له على المقر إن ادعى؛ لأن للساكن يد على السكن وإقرار باليد

للغير حجة عليه، ولو قال زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار، ثم قال بأجر فالقول له؛ لأنه لم يقر أنه كان في يد الفاعل من قبل؛ لأن فعل الزراعة والبناء لا يوجب اليد للفاعل والمفعول؛ لأن الإنسان قد يستأجره ليبني في ملك في يده أو يستعين به في هذا العمل فلا يصير مقرًا باليد للفاعل كما في الخياط.

(فصل)

أقر أنه قبض من بيت فلان مائة درهم أو من صندوقه أو من كيسه، ثم قال هي لي أو لفلان آخر فالمال لصاحب البيت؛ لأن الإقرار بالأخذ من بيته كالإقرار بالأخذ من يده؛ لأن ما في بيت الإنسان يكون في يده حتى لو نازعه فيه غيره كان القول قوله فيؤمر بالرد عليه.

ولو أقر أنه أخذ ثوبًا من دار بينه وبين آخر وادعى الشريك نصف الثوب فأنكر المقر فالقول للمقر؛ لأن الثوب في يده وإقراره بالأخذ من بيت مشترك لا يكون إقرارًا باليد لكل شريك في الثوب؛ لأن لكل شريك حق السكنى ووضع المتاع في الدار المشتركة ورفعه منها ولو كان مستأجرًا أو مستعيرًا فيهما كان القول له فالمالك أولى.

ولو قال: قبضت من أرض فلان عدل زطي، ثم قال تركتها بأحمال زطي فرفعتها يقضى بالزطي لصاحب الأرض إلا أن تكون الأرض طريقا معروفا أو يكون الطريق فيها؛ لأنه أقر بالقبض من ملك غيره وليس للقابض فيه حق الدخول والوضع فيضمن كما لو أخذه من يده وكذلك المقر به إذا كان الطريق فيها؛ لأنه متمكن من التطرق والنزول فيها، ولو قال: أخذت من دار فلان مائة درهم، ثم قال كنت ساكنًا فيها بإجارة لم يصدق إلا إذا جاء بينة على الإجارة فيبرأ؛ لأنه أثبت لنفسه يدًا في الدار فلم يقر بالأخذ من صاحب الدار. السرج والمحمل على دابة في يد صاحبها؛ لأن الدابة في يده فما عليها يكون في يد صاحبها فأخذ ما عليها كالأخذ من يد صاحبها قال ركبت دابة فلان يضمن.

ولو قال: حملني عليها لا يضمن؛ لأنه ما أقر بفعل نفسه في ملك الغير وإنما أقر بفعل صاحبها وهو الحمل وذلك غير موجب للضمان عليه.

ولو قال: أخذت ثوبًا من أجير فلان فهو للأجير؛ لأن يد الأجير بالإجارة لا تزول عن ماله. أقر أنه أخذ ثيابًا من حمام فلان لا ضمان عليه؛ لأن كل واحد من الناس مأذونا بالدخول فيه ووضع الثياب فيه ورفعه منه فالثوب الموضوع فيه لا يكون في يد صاحب الحمام فالأخذ منه لا يكون أخذًا من يد مالكه وكذلك المسجد الجامع والكعبة والخان والبيعة.

(باب إضافة الإقرار إلى حالة لا تجوز)

(المبسوط): أصله: أنه متى أضاف الإقرار إلى حالة معهودة وهي تنافي الوجوب، فإنه يصدق؛ لأنه يكون إنكارًا وجحودًا لأصل المال عليه لا إقرارًا به، كما لو قال: تزوجتك وأنا صبي وقالت المرأة لا بل تزوجتني بعد البلوغ أو قال لعبده أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق فالقول له، وإن كانت لا تنافي الوجوب ولكنها تضمنت الفساد أو البراءة عن الوجوب لا يصدق؛ لأنه مقر بأصل الوجوب ولكنه بالإضافة والإسناد إلى تلك الحالة يدعي البراءة عنه ولا يصدق، كما لو قال: تزوجتك وأنت مجوسية أو معتدة فقالت تزوجتني وأنا مسلمة فارغة عن العدة لم يصدق الزوج؛ لأنه أقر بأصل العقد ولكنه بهذه الإضافة ادعى الفساد.

قال: أقررت لك بألف وأنا صبي أو نائم فالقول له مع يمينه ولا شيء عليه؛ لأنه أضاف الإقرار إلى حالة معهودة تنافي الوجوب له؛ لأن إقرار الصبي والنائم هدر غير ملزم معتبر فكان منكرًا للمال أصلًا لا مقرًّا ملتزمًا.

ولو قال وأنا ذاهب العقل من بِرْسَام[1] إن كان يعرف أن ذلك أصابه لم يلزمه المال ولا يلزمه؛ لأن الإقرار في الأصل ملزم فيجب العمل بهذا الأصل ما لم يظهر المانع منه والمانع إضافة إلى حالة معهودة معتادة تنافي صحته والإضافة إلى حالة غير معهودة معتادة معروفة لا تصلح مانعة بل تكون دعوى للمسقط بعد ظهور السبب الموجب الملزم فلا تقبل ذلك إلا بحجة.

ولو قال: أخذت منك وأنا صبي أو ذاهب العقل يلزمه في الحالين؛ لأن الأخذ

---

(١) البرسام بكسر الباء وفتحها: مرض يصيب العقل، انظر: المغرب، "برسم".

فعل موجب للضمان على الأخذ مطلقًا صبيًا كان أو مجنونا لأنهما تواجدا بأفعالهما دفعًا للضرر عن الملاك فلا يكون الصبي والمجنون مؤثران في منع ظهور الفعل بإقراره؛ لأن تحقق الفعل بوجوده، فإذا كان فعله ملزمًا كان إقراره بالفعل ملزمًا فيقر بالسبب الموجب للضمان. حر أقر أنه كان له عليه ألف أو أنه أقر له بألف وهو عبد لزمته؛ لأن الرق لا ينافي وجوب إكمال في ذمته، فإن للعبد ذمة صالحة قابلة للوجوب، وكذلك لو قال الحر أو العبد أقررت له بألف والمقر له عبد يلزمه؛ لأنه إن كان العبد هو المقر فإقراره ملزم في حق نفسه لكونه آدميًا مكلفًا فتواجد به بعد العتق، وإن كان العبد هو المقر له فكونه عبدًا لا يمنع ثبوت الملك والحق له بدليل أنه لو كان العبد مديونا ثبت الملك له لا لمولاه حتى يقضي ديونه من اكتسابه بعد العتق وكان هو أولى بهذه الألف المقر بها والاكتساب الآخر فكان المقر به للعبد لا لمولاه وكذلك الحربي أسلم ثم قال أقررت والمقر له عبد يلزمه، وكذلك الحربي أسلم، ثم قال كنت أقررت لفلان سواء كان المقر له والإقرار في دار الحرب أو في دار الإسلام؛ لأنه أضاف الإقرار إلى حالة لا تنافي وجوب المال عليه؛ لأن إقرار الحربي في دار الحرب بالمال صحيح ويؤاخذ به بعد الإسلام فكذلك إذا ظهر ذلك بإقراره بعد الإسلام. قال مسلم أخذت منك مالًا أو قطعت يدك وأنا حربي وقال المقر له بل بعد إسلامك يلزمه المال، وكذلك لو قال المسلم أخذت منك مالًا أو قطعت يدك وأنت حربي في دار الحرب وقال المقر له بل فعلت بعدما أسلمت أو قال المولى لمعتقه أخذت منك مالًا أو قطعت يدك قبل العتق وقال المقر له لا بل بعده لا يصدق المقر ويلزمه المال عندهما، وعند محمد وزفر يصدق المستهلك دون القائم بعينه ويصدق في الغلة والوطء بالإجماع، لمحمد: أنه أضاف الإقرار إلى حالة معهودة تنافي وجوب الضمان بالأخذ والقطع؛ لأن الأخذ والقطع في ملكه لا ينعقد موجبًا للضمان؛ لأن كون المقر له مملوكًا للمقر أو حربيًا ينافي وجوب الضمان عليه وكان منكرًا للضمان أصلًا بخلاف ما لو كان المال قائمًا؛ لأنه بهذه الإضافة يريد استحقاق العين على المقر له وهذه الإضافة تصلح لدفع الضمان لا للاستحقاق على الغير. لهما: أنه أضاف الإقرار إلى حالة معهودة لا تنافي الوجوب؛

لأن كون المقر له مملوكًا له أو حربيًا لا ينافي وجوب الضمان عليه، فإنه لو أخذ المولى كسب عبده المديون أو قطع يده يضمن، وكذا لو أخذ مال الحربي المستأمن أو قطع يده يضمن وإنما لا يجب الضمان إذا لم يكن العبد مديونا ولم يكن الحربي مستأمنًا لعدم الفائدة لا لوجود المنافي فكان إقراره في الأصل موجبًا للضمان ثم ادعى ما يبرئه عنه ولا يصدق بخلاف ما لو قال لمعتقته وطئتك أو لمعتقه أخذت منك الغلة قبل العتق وقال لا بل بعده يصدق؛ لأن وطء أمته وأخذ غلة عبده غير موجب للعقر والضمان بكل حال؛ لأن الحل مطلق للوطء والملك مطلق لاستيفاء الغلة فقد أضاف الإقرار إلى حالة معهودة تنافي وجوب الضمان فكان منكر الوجوب لا مدعيًا للبراءة ولو أعتق أمته، ثم قال أخذت منك هذا الولد قبل العتق وقالت لا بل بعده يرده عليها وهو حر؛ لأن المأخوذ قائم وقت المنازعة وفي المال القائم القول قول المأخوذ منه بالإجماع، كما لو قال أخذت منك مالًا قبل العتق وهو قائم فالقول للعبد ولو لم يقل أخذته منك لا يرده؛ لأنه لم يقر بالأخذ منه.

ولو قال: أعتقتك بعدما ولدتيه وقالت بل قبله فالقول لمن الولد في يده؛ لأن اليد توجب الاستحقاق ولصاحب اليد، فإن كان في يدها فقد استحقت الولد وقد أقرت بحرية الولد فيحكم بحريته، وإن كان في يد المولى فقد استحق الولد وهو منفصلا عنها وعتقها ظهر في الحال فلا يوجب العتق في الولد المنفصل وكذلك هذا في الكتابة؛ لأن الكتابة توجب استحقاق الكسب للمكاتب فاعتبار يده فيه حقه كالعتق.

وقال أبو يوسف في (**الأمالي**): ولو كان الولد في أيديهما جميعًا فالقول قولها، ولو قامت لهما بينة فالبينة بينهما؛ لأن عتقها أبين وأظهر، وأما في التدبير فالقول قول المولى؛ لأن التدبير لا يوجب استحقاق اليد. أقر أنه أخذ من معتق فلان ألفًا وهو عبد وقال للعبد بعد العتق فالقول للعبد كما لو كان هذا في عين قائمة؛ لأنه أقر بالسبب الموجب للضمان للعبد وهو أخذه منه؛ لأن أخذه قبل العتق وبعده موجب للضمان عليه فصح إقراره وشهد عليه أن المال لغيره وهو المولى فلا تقبل شهادته وبقاء المال مستحقًّا عليه للولد. أقر أنه فقأ عين فلان عمدًا ثم ذهبت عين الفاقئ

بعده وقال: لا بل فقأت عيني وعينك ذاهبة فالقول للمفقوء عينه؛ لأنه أقر بجناية موجبة للضمان؛ لأن عينه إن كانت قائمة وقت القضاء فالواجب هو القصاص، وإن كانت ذاهبة فالواجب هو الأرش فأصل الضمان واجب، وإن أضافها إلى حالة معهودة ثم ادعى الفاقئ البراءة عنه بفوات المحل بعد الوجوب فلا تقبل دعواه بغير حجة.

قال: قتلت وليه خطأ وأنا عبد وقال الخصم بل بعد العتق فلا شيء عليه؛ لأن العبد ما أقر بوجوب الضمان على نفسه؛ لأن ضمان جنايته على مولاه. أما الدفع أو الفداء لا عليه فإنما أقر به على الغير وإقراره على الغير لا يلزمه شيئًا.

(باب الإقرار على نفسه وعلى غيره)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في إشراك غيره في المال.

والثاني: في الإشراك في المقر له.

والثالث: في خطاب المقر له بلفظ الجمع.

(فصل)

قال: لفلان عليّ وعلى فلان ألف وجحد فلان والطالب يدعي الكل لم يلزمه إلا النصف، وإن كان فلان صبيًا أو حربيًا لا يعرف؛ لأنه أشركه في المال؛ لأنه عطف الآخر على نفسه والعطف يقتضي الاشتراك في الخبر، فظاهر الشركة يوجب التسوية بينهما وإقراره على نفسه حجة وعلى غيره لا، وللصبي والحر في ذمة صالحة لالتزام المال فيتحقق الاشتراك ويكون مقرًا على نفسه بحصته، وكذلك لو أقر على نفسه وعلى ميت؛ لأن الميت من أهل أن يجب عليه الدين بسبب وجد منه حالة الحياة ويبقى عليه الدين، وكذلك لو سمى اثنين معه لزمه الثلث، وكذلك لو أقر بقطع اليد فعليه نصف الأرش استحسانًا ولا شيء عليه قياسًا؛ لأن الطالب ادعى عليه القصاص؛ ولأنه ادعى عليه قطع كل اليد عمدًا وأنه يوجب القصاص والمقر

أقر له بالمال؛ لأن قطع الاثنين يدًا واحدة يوجب المال لا القصاص وردّ الولي إقراره بدعوى القصاص فلا يلزمه شيء. وجه الاستحسان: أنه تعذّر على الولي استيفاء القصاص بمعنى من جهة المطلوب حيث أقر بالقطع من اثنين فانقلب حقه مالًا كما لو عفا أحد الشريكين عن القاتل ينقلب نصيب الساكت مالًا فيكون الطالب مدعيًا عليه مالًا كما أقر عليه به، فهذه نظير ما لو أقر بالقتل خطأ وادعى الولي القتل عمدًا يلزمه المال استحسانًا لا قياسًا وهذا على ذاك.

ولو قال: لفلان علينا ألف درهم ولم يسم أحدًا، ثم قال عنيت فلانًا وفلانًا يلزمه كله وعند زفر لا يلزمه إلا حصته؛ لأن حقيقة اللفظ الجمع لا يتناول الفرد وكان القول قوله في بيان عدد من ضمهم في الإقرار؛ لأن الإبهام جاء من جهته.

لنا: أن لفظة الجمع يضاف إلى الواحد على وجه التعظيم شرعًا وعُرفًا:

أما شرعًا قال الله تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ ۝٩﴾ [الحجر: ٩] وقوله: ﴿إِنَّا نَحْنُ نُحْيِي الْمَوْتَى﴾ [يس: ١٢] وقوله: ﴿ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا بَيَانَهُ ۝١٩﴾ [القيامة: ١٩].

وأما عُرفًا: ، فإن الواحد قد يخبر عن نفسه بعبارة الجمع تارة وبعبارة الفرد أخرى ألا ترى أنه يقول الواحد من العظماء فعلنا كذا وأمرنا بكذا وإنما يريد به نفسه فصار اسم الجمع المضاف إلى الواحد حقيقةً مستعملة، فإذا قال: عنيت به الجمع فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يصدق؛ ولذلك لو أشار بيده إلى آخرين؛ لأن الإقرار إنما يحصل بيده لا بإشارته فوجود هذه الإشارة كعدمها.

ولو قال: لفلان علينا جميعًا أو قال كلنا ومعه رهط قعود وأشار إليهم لزمه حصته؛ لأن اسم الجميع والكل لا ينطلق على الواحد فقد قرن بكلامه لفظًا يدل على أنه أشرك الكل في المال وقد أكد ذلك بإشارته إليهم فقامت دلالة ظاهرة على أنه أراد به الجماعة لا الواحد. قال لفلان على رجل منا ألف درهم أو قال على رجلين منا لم يلزمه شيء؛ لأنه لم يعين نفسه في الإيجاب؛ لأن اسم الرجل يصلح لكل واحد منهم فقد أقر على مجهول فلم يصح.

(فصل)

قال لفلان وفلان عليه ألف درهم فهي لهما؛ لأنه أضاف الألف إليهما على السواء. قال أقرضني فلان ألفًا مع فلان كانت لهما عليه؛ لأنه قرن بينهما بكلمة مع فتوجب الجمع بينهما كحرف الواو فجعلهما مشتركين في الإقرار فصار المال مشتركًا بينهما، كما لو قال لامرأته أنت طالق مع فلانة وهي امرأته طلقتا.

ولو قال: أقرضني فلان ألف درهم عند فلان لزمه الألف للأول؛ لأن كلمة عند للدنو والحضور بعدما أقر بالإقراض بحضرة فلان فلا يكون لمن كان بحضرته شيء.

ولو قال: أقرضني وفلان معي شاهد على ذلك فالألف عليه وحده؛ لأنه ذكر للمعطوف عليه خبرًا على حدة وهو الشهادة فانفرد هو بخبره وهو الاستقراض وانفرد المعطوف عليه بخبره وهو الشهادة فيكون مقرًا على نفسه بالاستقراض، كما لو قال وفلان معي جليس وكذلك الوديعة والعارية والجناية.

قال: غصبت ومعي فلان من فلان مائة، لزمه النصف؛ لأن (مع) للأفراد للقران فقد قرن فلانًا مع نفسه ولم يذكر له خبرًا فاقتضى القران الاشتراك فقد قرن فلانًا وأشركه مع نفسه في الغصب والشركة تقتضي التسوية.

ولو قال: ومعي فلان جالس لزمه الجميع؛ لأنه أفرد للثاني خبرًا فلا يكون اشتراكًا بينه وبين نفسه في الخبر، وإذا لم يكن لفلان خبرًا تحقق الإشراك للعطف، كما لو قال زينب طالق ثلاثًا وعمرة طلقت عمرة أيضًا ثلاثًا، ولو قال وعمرة طالق طلقت واحدة.

(فصل)

ولو قال يا فلان لك عليّ ألف درهم يلزمه المال كله، وكذلك لو قال: أنتم يا فلان لكم عليّ ألف درهم؛ لأنه قد يخاطب الفرد بخطاب الجمع كما بينا.

ولو قال: يا فلان لكما عليّ ألف درهم كان لفلان منهما النصف؛ لأن الواحد لا يخاطب بخطاب التثنية في المعهود والمتعارف بين الناس، فإن كان يجوز أن

يستعمل في اللغة لقوله تعالى: ﴿فَأَلْقِيَاهُ فِي ٱلْعَذَابِ ٱلشَّدِيدِ ﴿٢٦﴾﴾ [ق: ٢٦] وقوله: ﴿أَلْقِيَا فِي جَهَنَّمَ كُلَّ كَفَّارٍ عَنِيدٍ ﴿٢٤﴾﴾ [ق: ٢٤] لكن الحكم يبنى على الحقيقة المتعارفة لا على الحقيقة الموضوعة وهي غير متعارفة مستعملة.

(باب الإقرار في الشيء المشترك)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الإقرار بجزء معين.

والثاني: في الإقرار بجزء شائع.

(فصل)

أصله أن إقرار الإنسان بملك متى يضمن إبطال حق على غيره لا يصح في حق الغير صونًا لحقه عن الإبطال كالراهن لو أقر بالمرهون لغيره وكذبه المرتهن لم يصح في حقه كي لا يبطل حقه فكذا هذا.

أقر أحد الشريكين في الدار ببيت بعينه لآخر لم يصح الإقرار للحال؛ لأنه يتضمن إبطال حق مستحق لشريكه؛ لأنه يحتاج إلى قسمتين قسمة مع المقر له في البيت وقسمة مع المقر فيما وراء البيت؛ لأنه ربما يقع نصيبه من الباقي فيتفرق نصيبه في موضعين فينتقص قيمة نصيبه بسبب التفرق ويزداد بسبب الاجتماع فيتضرر به الشريك وهذا الضرر يلحقه من جهة المقر؛ لأن المطالبة بالقسمة بسبب الملك الثابت بالإقرار فيتضمن إقراره الإقرار بشريكه فلم يصح في حقه للحال ويقسم، فإن وقع في نصيبه يسلم للمقر له؛ لأن إقراره فيما هو ملكه إنما لم يصح لدفع الضرر عن شريكه وقدر أن ذلك في النصف الآخر لم يصح لعدم ملكه وقد ملكه ومن أقر بما لا يملكه ثم ملكه يؤمر بتسليمه إلى المقر له.

وإن وقع البيت في نصيب شريكه يقسم نصيب المقر بينه وبين المقر له على قدر حقهما يقر بالمقر له بجميع ذرعان البيت والمقر بنصف ما في الدار سوى البيت ولذلك لو أقر بطريق أو حائط معلوم وهذا عندهما.

وعند محمد: يضرب المقر له بنصف ذرع البيت والمقر بنصف باقي الدار حتى لو كانت الدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع فعندهما يضرب المقر له بعشرة أذرع والمقر بخمسة وأربعين ذراعًا فتكون بينهما على أحد عشر سهما سهمان للمقر له وتسعة للمقر، وعند محمد يضرب المقر له بخمسة أذرع والمقر بخمسة وأربعين فيكون له عشر نصيب المقر لمحمد أن إقراره في نصف البيت صادف نصيب شريكه ولم يملكه بالقسمة متى وقع البيت بالقسمة في نصيب شريكه فلم يصح إقراره إلا بقدر ملكه فلزمه تسليم ما وصل إلى يده من بدل ملكه دون ما هو بدل ملك شريكه.

لهما: أن قسمة العقار فيها معنى المعاوضة والمبادلة، ولهذا لا ينفرد بها أحد الشريكين والبيت وإن وقع في نصيب الآخر فعوضه وقع في نصيب المقر من الدار وحكم البدل حكم المبدل؛ لأنه قائم مقامه ولو وقع البيت في نصيبه لزمه تسليم كله إلى المقر له فكذا بدله في نصيبه لزمه تسليم كله إلى المقر له؛ لأنه فات المقر به منه بغير اختياره؛ لأنه على القسمة وأخلف بدلًا. ومن أقر بعين هو ملكه ثم مات وأخلف بدلًا فجميع البدل للمقر له وكذلك على هذا لو أوصى أحد الشريكين في الدار ببيت بعينه لآخر ثم مات.

حمام بين رجلين أقر أحدهما بالبيت الأوسط للآخر لا يصح؛ لأنه يتوهم أن يهدم الحمام فيصير عرصة والعرصة تحتمل القسمة ولو صححهما إقرار المقر يتضرر به الشريك؛ لأنه يحتاج إلى قسمين كما وصفنا، وإذا لم يجز الإقرار فللمقر له أن يضمن المقر نصف قيمة البيت قبل هذا عند محمد.

وعندهما: لا يضمن؛ لأن الحمام لا يقسم فاحتبس المقر به عند المقر وتعذر عليه تسليمه فيصير غاصبًا وغصب العقار يوجب الضمان عند محمد خلافًا لهما.

والصحيح: أنه يضمن عندهم جميعًا؛ لأنه لم يقر بالغصب ولم يوجد منه بعد فلا يصير غاصبًا ولكن أقر له بملك مطلق وقد عجز عن تسليم المقر له سابقًا؛ لأنه يتضرر به الشريك في الباقي؛ لأنه يحتاج إلى قسمتين ولا مقررًا؛ لأنه لا يحتمل القسمة فصار المقر به محتبسًا نصفه في يده ونصفه في يد شريكه وملك الغير إذا

احتبس عنده وتعذر عليه رده يتملكه بالقيمة. أقر بنصف الحمام أو بثلثه جاز؛ لأنه لا ضرر على شريكه في إقرار المقر بجزء شائع في الحال؛ لأن الثابت له للحال قسمة المنفعة بالتهايؤ ولا ينتقص من نصيب شريكه شيء حالة المهايأة ولا في تأني الحال؛ لأن الحمام إذا انهدم لا يتعرف نصيبه بالقسمة؛ لأن العرصة تقسم بينهما نصفان. ثم المقر له يدخل في نصيب المقر خاصة. أقر أحد الشريكين في عدل زطي بثوب بعينه كان نصيبه منه للمقر له، وكذلك الحيوان والرقيق والثياب؛ لأنه لا ضرر على الشريك في هذا الإقرار؛ لأن كل ثوب مشترك بينهما بإقراره في نصف ثوب بعينه صادف ملكه ولا ضرر فيه على شريكه؛ لأن منفعة هذا الثوب غير متصلة بالباقي بخلاف الدار الواحدة؛ لأن المنافع والمرافق هناك متصلة بعضها ببعض فيفرق نصيبه في موضعين يوجب عيبًا ونقصًا فيتضرر به الشريك.

سيف مشترك أقر أحدهما الآخر بحليته وهي فضة يضمن له نصف قيمة الحلية مصوغة من الذهب؛ لأن قسمتها ضرر فقد احتبس نصفها في يد كل واحد منهما فيكون ضامنًا له عنده من ملك المقر له وإنما يضمن من الذهب لكي لا يؤدي إلى الربا؛ لأن قيمة الحلية أكثر من وزنها لأجل الصيغة وقسى على هذا لو أقر أحدهما بجذع في سقف بيت أو بآخر في حائط لضمن له نصف قيمة ذلك كما بينا.

(فصل)

دار بين رجلين؛ فقال أحدهما عشر جميع الدار من نصيبي لفلان فهو جائز؛ لأنه أقر بخالص ملكه ولم يلحق بشريكه ضررًا فجعلنا الدار على عشرة في يد المقر خمسة وقد أقر لفلان من نصيبه بعشر جميع الدار وذلك سهم مما في يده يكون للمقر له سهم وللمقر أربعة مما في يده.

ولو قال: ربع جميع هذه الدار له والباقي بيننا وجحد شريكه فنصيبه يقسم بينه وبين المقر له على خمسة له ثلاثة وللمقر له سهمان؛ لأنه زعم المقر أن حق المقر له في سهمين من ثمانية وحقي في ثلاثة وحق شريكي في ثلاثة إلا أن شريكي أخذ

زيادة سهم على حقه؛ لأن إقراره لم يصح على شريكه فيجعل ذلك كالناوي مما نوى ينوي على الشركة وما بقي يبقى على الشركة فيقسم ما بقي في يد المقر وذلك أربعة على خمسة.

نهر بين ثلاثة أقر أحدهما بعشر النهر لآخر والباقي بيننا أثلاثًا فالثلث الذي في يده بينه وبين المقر له على أربعة للمقر له واحد؛ لأنه أقر له بسهم من عشرة ولنفسه ثلاثة فيجعل نصيبه على أربعة ويصير ما في يد كل شريك أربعة، فإن كان يدعي لنفسه ثلث جميع النهر مما في يده بينهما على ثلاثة عشر ثلاثة للمقر له وعشرة للمقر فخذ حسابا له عشر وثلث وذلك ثلاثون فالمقر أقر له بعشرها وهو ثلاثة وادعى لنفسه الثلث وهو عشرة فصار سهمه من النهر ثلاثة عشر سهمًا وصار حصة كل شريك كذلك فصار جميع النهر بسبعة وثلاثين. قال له عشر هذا الطريق لم يجز على أصحابه وليس للمقر له أن يمر فيه؛ لأن الطريق لا يقسم بينهم عند المرور فالمقر له لا يقدر على أن يمر فيما أقر له المقر إلا ويمشي في نصيب شركائه فلم يجز بخلاف النهر لأنهم يتحاصّون فيه بقدر شركتهم فيدخل المقر له مع المقر في حصته من غير ضرر على شركائه، وإن كان الطريق يحتمل الشركة يجبرون على القسمة حتى يدخل في نصيبه، وإن أقر له بعشر يبرأ وعَنَى دخل معه في حصته؛ لأنه يمكن قسمتهما بالمهايأة فصح إقراره في حصته ونوبته بمنزلة ما لو أقر له بعشر دار قال هذا العبد بيني وبين فلان، ثم قال بعده بيني وبين فلان آخر، ثم قال بيني وبين فلان آخر يقضي للأول بنصفه وللثاني بالربع وللثالث بالثمن؛ لأن كلمة بين تقتضي المشاركة والمساواة بينهما في المقر له فحين أقر للأول كان مالكا جميع العبد فيكون كلامه إقرارًا له بالنصف وحين أقر للثاني لم يملك من العبد إلا نصف صار مقرًا له بنصف ذلك الربع وهو الثمن ويبقى له الثمن.

(**الجامع**): أصله: أن ما توي من المال المشترك فالتوي على الشركة والقسمة تحقيقًا للمعادلة وتبعًا للجنس والمفاضلة، ثم مسائله على فصول ثلاثة:

أحدها: إذا كان الكيس في أيدي رجلين وفيه ألف.

والثاني: إذا كان في يد ثلاثة.

والثالث: إذا كان في يد واحد وأقر أحدهما أو أحدهم لأجنبي بنصفه.

(الفصل الأول)

كيس في يدي رجلين فيه ألف درهم فأقر أحدهما لأجنبي بنصفه فلا يخلو إما أن قال لأجنبي نصف الكيس أو سكت وسكتا أو قال نصفه لك أو نصفه بيني وبين شريكين أو قال الكيس بيني وبينك نصفان، فإن قال نصفه لك وسكت أو قال نصفه لك ونصفه بيني وبين شريكي وأنكر شريكه فللمقر له ثلثا ما في يد المقر؛ لأن المقر زعم أن حق الأجنبي ضعف حقه وضعف حق شريكه؛ لأنه أقر له بنصف مال مشترك مطلقًا فينصرف إلى النصفين جميعًا فصار مقرًّا بنصف ما في يده وبنصف ما في يد شريكه إلا أن شريكه الجاحد أخذ ربعًا بغير حق في زعم المقر فصار كالتاوي والتالف؛ لأنه تعذر أخذه منه لجحوده فيقسم الباقي على قدر حقنا ليكون التوي والبقاء على قدر حقنا تحقيقًا للمعادلة بيننا.

ولو قال: هذا الكيس بيني وبينك نصفان فما في يده بينهما نصفان؛ لأنه أقر أن حق الأجنبي مثل حقه وإنما يكون حق الأجنبي مثل حقه إذا أعطاه نصف ما في يده، ألا ترى أنه لو صدق الجاحد فيه كان الكيس بين المقر والأجنبي نصفان ويخرج المصدق من الوسط فرق بين الإقرار والبيع، فإنه لو باع أحد الشريكين نصف العبد المشترك ينصرف إلى نصيبه خاصة لا إلى نصف شائع وفي الإقرار ينصرف إلى نصف شائع والفرق أن البيع متى انصرف إلى نصف شائع فمتى لم يجز شريكه يبطل أصلًا بحيث لا يعود صحيحًا أبدًا فانصرف إلى نصيبه تصحيحًا لعقده وتحريًا لجوازه، والإقرار متى انصرف إلى نصف شائع فمتى لم يجز صاحبه لا يبطل أصلًا بل يبقى صحيحًا حتى لو ملك نصيبه صاحبه يوما من الدهر يؤمر بتسليمه إلى المقر له، وإذا قال الشريك الأكبر الكيس بيني وبين فلان نصفان وقال الشريك الأصغر لفلان ثلاثة ولي ثلثاه والمقر له صدق الأكبر وكذب الأصغر وقال لا شيء لك من الكيس، فإنه يأخذ من المقر بالثلث خمس ما في يده ويضمه إلى ما في يد المقر بالنصف فيقسمانه نصفين وهذا على قياس قولهما، وعند أبي يوسف يأخذ ثلث ما في يده ويضمه إلى ما في يد المقر بالنصف لأبي يوسف أنه أقر له

بالثلث فيؤاخذ به، ولهذا لو كذبه صاحبه أخذ منه ثلث ما في يده فكذلك إذا صدقه؛ لأنه لا يجوز أن ينتقص حقه بتصديق صاحبه؛ لأن تصديقه إقرار منه فيعمل في حقه ضرورة.

لمحمد: أن المقر بالثلث يقول للمقر له أقررت لك بثلث جميع الكيس سهم أو في يدي وسهم في يد صاحبي وحقي في أربعة؛ لأن حقي ضعف حقك، فإذا صدقني صاحبي فيك فقد وصل إليه نصف ما أقررت لك وزيادة مما في يد صاحبي بقي حقك في سهم مما في يدي وحقي في أربعة فيقسم مما في يدي على خمسة خمسة للمقر له فيأخذه ويضمه إلى ما في يد المقر فيقسمانه نصفين؛ لأن الأكبر زعم أن حق المقر له وحقه في الكيس سواء وإن كذبهما جميعًا وقال: الكيس كله لي أخذ من المقر بالثلث خمس ما في يده ومن المقر بالنصف خمسي ما في يده؛ لأن المقر بالنصف يقول له أقررت لك بثلاثة أسهم من ستة ولنفسي بثلاثة إلا أنه قد وصل إليك سهم من جهة صاحبي بإقراره فأنا آخذ من ذلك سهمًا لنفسي بمقابلته باستواء حقهما فيبقى أربعة بيننا نصفان فيكون ما في يده مقسومًا على خمسة خمسان للمقر له وخمس للمقر ولا يضمه إلى ما في يد المقر الآخر؛ لأنهما تكاذبا في الشركة فلا معنى للضم، ولو أقر أحدهما أن لفلان الثلث ولي الثلثان وأقر الآخر بأن لفلان الثلثين ولي الثلث وزعم فلان أن الكيس له أخذ من المقر بالثلث خمسي ما في يده ومن المقر بالثلثين ثلاثة أخماس ما في يده؛ لأن المقر بالثلثين يقول أقررت لك بأربعة من ستة ولي سهمان مما أقررت لك إلا أن سهمًا وصل إليك من يد صاحبي فلانًا فلا يضارني بذلك وإنما يضارني بما بقي من حقك وذلك ثلاثة وحقي في سهمين فيصير ما في يدي مقسومًا على خمسة ثلاثة أخماسه لك ولي خمساه وإن صدقهما معًا أخذ من المقر بالثلثين ثلاثة أخماس ما في يده فيضمها إلى ما في يد الآخر فيقسمانه أثلاثًا للمقر له ثلاثة؛ لأن المقر بالأكثر صدقه فيما أقر له وزيادة.

(الفصل الثاني)

وإذا كان الكيس في يد ثلاثة نفر فأقر الأكبر بأن لِلأوسط ثلاثة أرباع الكيس وله

ربعه فأقر الأصغر أن للأوسط خمسة أسداس الكيس وله سدسه وقال الأوسط: الكيس كله لي، فإن الأوسط يأخذ من الأكبر خمسي ما في يده ومن الأصغر ثلاثة أخماس ما في يده ويخرجه وهو أن يجعل الكيس على اثني عشر؛ لأن ذلك أقل حساب يخرج منه الربع والسدس فيكون في يد كل واحد ثلاثة وذلك أربعة فالأكبر يقول أقررت لك بثلاثة أرباع الكيس وذلك تسعة من اثني عشر نصفها في يدي ونصفها في يد شريكي وقد صدقني شريكي في هذه التسعة ففي حقك فيما في يدي في أربعة ونصف وحقي في ثلاثة فصار مجموعه سبعة ونصف ولكن في يد المقر له ثلث الكيس فلا بد من أن يطرح ثلث هذه الجملة وثلث سبعه ونصف سهمان ونصف بقي للمقر له سهمان ولي ثلاثة، وأما الأصغر يقول لك عشرة من اثني عشر إلا أن الأكبر لما صدقني في تسعة فاطرح عنّي نصف ذلك وذلك أربعة ونصف بقي حقك في خمسة ونصف وحقي في سهمان فيكون مجموعهما سبعة ونصف ولكن ثلث الكيس في يد المقر له فلا بد من أن يطرح ثلث هذه الجملة من حقك وذلك سهمان ونصف بقي لك ثلاثة ولي سهمان فصار الكيس في الانتهاء على خمسة عشر؛ لأنه حصل للأوسط سهمان مما في يد الأكبر وثلاثة أسهم مما في يد الأصغر فكانت في يده خمسة فصار ذلك عشرة وبقي للأكبر ثلاثة أخماس ما في يده وللأصغر خمسي ما في يده فيكون ذلك خمسة فصار جملة ذلك خمسة عشر، ولو أقر أحدهم أن لفلان الأجنبي ثلثه ولي ثلثاه، وقال الآخر بل له نصفه ولي نصفه، وقال الآخر له ثلثاه ولي ثلثه، وقال الأجنبي بل لي كله أخذ من المقر بالثلث سبع ما في يده ومن المقر بالنصف سبعي ما في يده ومن المقر بالثلثين ثلاثة أسباع ما في يده وثلثي سبعه ويخرجه وهو أن يجعل السهمان على مائة وستة وعشرين، ووجهه وهو أن الأكبر يقول للمقر له لك سهم ولي سهمان وسهمك شائع في الكل ثلث ذلك في يدي وثلثاه في يد الشريكين وقد أقرا لك به وزيادة فقد وصل إليك ثلثي السهم وزيادة بقي حقك فيما في يدي في ثلث سهم وحقي في سهمين فانكسر الحساب بالثلث فاضرب سهمين وثلث في مخرج الثلث وذلك ثلاثة فيكون سبعة بأحد المقر له من الأكبر سبع ما في يده ونضمه إلى ما في يد الآخرين؛ لأن هذا

القدر صار حقًّا له بإقرار الكل كأنه في يده وصار بمنزلة شريك معروف في الكيس وفي يده سبع ثلث الكيس، وإذا وجب ضم سهم إلى ما في أيديهما نصفان انكسر بالنصف فضوعف حتى يزول الكسر فصار أربعة عشر فصار جميع الكيس اثنان وأربعين فصار في يد كل واحد منهم أربعة عشر فيأخذ المقر له من الأكبر سبعي ما في يده وذلك سهمان ونضمهما إلى ما في يد الآخرين فصار في يد كل واحد منهما خمسة عشر ثم الأوسط يقول للمقر له أقررت لك بسهم من سهمين إلا أن الأصغر وهو المقر بالثلثين لما صدقني فيما أقررت لك فقد وصل إليك نصف حقك من قبل صاحبي بقي حقك في نصف سهم وحقي في سهم فيجعل كل نصف سهم سهمًا فيكون ثلاثة فيأخذ ثلث ما في يده ذلك خمسة من خمسة عشر فيضم إلى ما في يد الأصغر فصار عشرين فيقسم بينهما أثلاثًا فانكسر الحساب بالإثلاث فاضرب ثلاثة في أصل الحساب وذلك اثنان وأربعون فيصير ذلك مائة وستة وعشرين فيكون في يد كل واحد منهم اثنان وأربعون يأخذ المقر له من الأكبر سبعي ما في يده وذلك ستة وضمهما إلى ما في يد المقرين الآخرين فصار في يد كل واحد منهما خمسة وأربعين ثم يأخذ من الأوسط ثلث ما في يده وذلك خمسة عشر وضمها إلى ما في يد الأصغر فصار في يده ستون فيكون سهمًا أثلاثًا للمقر له ثلثاه وذلك الحساب.

(الفصل الثالث)

كيس في يد رجل فأقر لرجل بنصفه ودفع إليه ثم أقر لآخر بنصفه، فإن كان دفع إلى الأول بعضا دفع إلى الآخر نصف ما في يده وإن دفع بغير قضاء دفع إلى الآخر النصف الباقي كله والفرق أن المدفوع بقضاء بمنزلة التاوي بآفة سماوية؛ لأنه مجبور في الدفع فما توى توى على الشركة وما بقي يبقى على الشركة والمدفوع بغير قضاء مضمون عليه؛ لأنه مختار في دفعه فيجعل كالقائم في يده كالوارث إذا أقر بوارث ودفع إليه نصيبه ثم توارث آخر فعلى هذا التفصيل، فإن أقر صاحب اليد أن الكيس بينه وبين الأول والثاني أثلاثًا بعد إقراره بالنصف للأول وكذبه الأول

والثاني في الشركة، فإن دفع إلى الأول بغير قضاء دفع إلى الثاني ثلثًا كاملًا وإن دفع بقضاء كان ما بقي في يده بينه وبين الآخر نصفان؛ لأن المدفوع بغير قضاء مضمون عليه وكأن جميع الكيس قائم في يده والمدفوع بقضاء غير مضمون عليه فكان نصف الكيس تاويا بآفة سماوية فكان التاوي عليهما والباقي لهما سواء لاستواء حقهما، وإن كان دفع النصف إلى الأول بغير قضاء والثلث إلى الثاني بقضاء ثم أقر لثالث أنه شريكهم بالربع وكذبوه في الشركة وكذب الأخير الأولين يعطي الثالث سدس جميع المال وثلث سدسه يغرم ذلك من ماله؛ لأن النصف المدفوع بغير قضاء كالقائم في يده والسدس أيضًا في يده فكان الثلثان في يده وذلك بينه وبين الأول والثالث أثلاثًا؛ لأن الثاني خرج عن القسمة؛ لأنه أخذ حقه وزيادة في دعم المقر ويعتبر الأول في القسمة؛ لأن المدفوع إليه كالقائم في يد المقر حكمًا.

ولو كان قائمًا في يده حقيقة يعتبر الأول في القسمة وكذا هذا فيكون مقرًّا للثالث بثلثي الكيس وذلك سدس جميع الكيس وثلث سدسه وبقي في يده سدس فيدفع إليه ويغرم له ثلث سدس ماله وإن تصادق الأول والثالث وكذبا الثاني وكذبهما الثاني أخذ الثالث نصف ما في يد المقر فيضمه إلى ما في يد الأول فيقسمانه نصفين عند أبي يوسف.

وعند محمد: وهو رواية عن أبي حنيفة يأخذ الثالث من المقر ثلث ما بقي في يده فيضمه إلى ما في يد الأول فيقسمانه نصفين، لأبي يوسف أن الأول والثالث لما تصادقا في ذلك لم يصر المدفوع إلى الأول مضمونًا على المقر فلا يجعل كالقائم في يده ونصفه في يد الأول؛ لأنه لما صدقه الأول في الثالث فقد تحمل عنه نصف سهم بقي حق الثالث في نصف سهم وحق المقر في سهم فأضعف حتى يزول الكسر فصار في يد المقر ثلاثة أسهم سهمان له وسهم للثالث.

ولو كان المفرد مع الثلث إلى الثاني بغير قضاء وصدق الأول والثالث وكذبا الثاني أخذ الثالث منه ثمن جميع المال قالوا هذا عند أبي يوسف.

وعند محمد: عشر جميع المال. لأبي يوسف أن المقر يقول للثالث حقك في الربع؛ لأن نصف الكيس غير مضمون عليّ في زعمك لتصادقكما وثلثه مضمون

عليّ؛ لأنه مدفوع بغير قضاء مكانه قائم في يدي مع السدس الذي بقي فلك الربع وربع النصف ثمن الكل. لمحمد: أن المقر يقول للثالث نصف الكيس في يدي تقديرا ولك سهم شائع في الكل وهو الربع نصفه في يدي ونصفه في يد الأول وبقي حقك في نصف سهم مما في يدي وحقي سهم وحق صاحب الثلث كذلك لأنا لما اعتبرنا المدفوع إليه كالقائم في يدي وجب أن يعتبر فيه سهمه فيكون لك نصف سهم من سهمين ونصف وذلك خمس النصف وهو عشر الكل، وكذلك إذا أقر بالثاني أولًا ثم بالثالث يعطيه العشر، وإن أقر المقر بالثاني والثالث معًا وصدقه الأول في الثاني وكذبه في الثالث يأخذ الثالث ربع ما في يد المقر فيضمه إلى نصيب الأول فيقسمانه نصفين ويأخذ الذي أنكره الأول ربع جميع المال فكان له خاصة قالوا وهذا عند أبي يوسف؛ لأن المقر يقول للثالث حقك في الربع نصفه في يدي ونصفه في يد الأول وقد صدقني فيه فلم يكن ذلك النصف مضمونا علي بقي النصف في يدي فلك ربعه، وعند محمد يأخذ منه الثالث خمس ما في يده فيضمه إلى ما في يد الأول فيقسمانه كما بينا ويأخذ الثاني ربع جميع المال؛ لأن المقر يقول للثاني حقك في الربع نصفه في يدي ونصفه في يد الأول وقد كذبني الأول فيه فيصير ذلك مضمونا عليّ لأني دفعت إليه بغير قضاء فكأنه قائم في يدي فلان ربع جميع المال قال لفلان في هذا الكيس ألف ولي ألفان فلم يكن فيه إلا ألف فهي بينهما أثلاثًا، وإن قال: لفلان فيه ألف، ثم قال بعدما سكت: ولي ألفان كانت الألف للمقر له؛ لأن بالسكوت يجوز حكم الإقرار وتأكد فلا يتغير بالدعوى من بعد.

(باب الإقرار بالعقد والبدل وجحود قبض المبدل)

(المبسوط): أصله أنه متى أقر بشيء مطلقًا ثم بيّن المقر ينظر إن كان بيانه مقررًا لحكم كلامه مؤكدًا له يصح موصولًا ومفصولًا، وإن كان مغيّرًا أو مبدلًا لحكم كلامه يصح موصولًا لا مفصولًا؛ لأنه يتضمن إبطال ما يجب بالكلام لولا هذا البيان والبيان الذي فيه معنى الإبطال والإمهال يصح موصولًا لا مفصولًا كالاستثناء

قال لفلان عليّ ألف درهم ثمن متاع باعنيه ولم أقبضه لا يصدق عند أبي حنيفة، وإن وصل وعندهما يصدق، وإن فصل إذا صدقه في الجهة وهو البيع، وإن كذبه بأن قال لا بل عليك ألف درهم من قرض أو غصب يصدق إن وصل ولا يصدق إن فصل، لهما أنه متى صدق في الجهة وهو البيع فقد تصادقا على كون الواجب ثمنًا قبل القبض فبقي أمر القبض مجملًا مفتقرًا إلى بيان وبيان المجمل بيان تقرير فيصح موصولًا ومفصولًا ومتى يكاد باقي الجهة كان بيانه بيان تغيير؛ لأنه لم يبينه السبب لاختلافهما فيه ويثبت وجوب المال لتصادقهما عليه إلا أن المقر أقر بوجوب المال على وجه لا يكون مطالبًا به حتى يحضر المتاع ومقتضى كلامه الأول أن يكون مطالبًا بالمال في الحال فكان بيانه مغيرًا لمقتضى كلامه فلا يصح إلا موصولًا أنه أقر بثمن متاع بغير عينه وما لا يكون معينًا يكون مستهلكًا؛ لأن ما من متاع يحضره البائع إلا والمشتري يقول المبيع غير هذا وتسليم الثمن لا يجب إلا بعد إحضار المبيع إذا كان غائبًا ولا طريق للبائع إلى ذلك وثمن المبيع المستهلك لا يكون واجبا إلا بالقبض وقد أقر بوجوب الألف فكان هذا إقرارًا منه بالقبض ضمنًا واقتضاء فكأنه أقر بالبيع ثم رجع عنه فلا يصح موصولًا ومفصولًا.

يوضحه أنه أقر بالمال وادعى لنفسه إحلالا إلى غاية وهو إحضار المتاع ولا طريق للبائع إلى ذلك، ولو أقر بوجوب المال ثم ادعى الأجل شهرًا لا يصدق، فإذا ادعى أجلًا مؤبدا أولًا أن لا يصدق بخلاف ما لو قال من ثمن هذا المتاع؛ لأن المبيع إذا كان حاضرًا فالمشتري يطالب بأداء الثمن أولًا ثم بقبض المبيع، فإن كان غائبا يطالب البائع بإحضار المبيع أولًا ثم المشتري بأداء الثمن ولا يمكن للبائع إحضار المبيع فكان المشتري مدعيًا تأجيل المطالبة إلى الأبد.

ولو قال: لفلان عليّ ألف درهم ثمن خمر لم يصدق عند أبي حنيفة وإن وصله؛ لأنه أقر بوجوب المال في ذمته ثم قرن به ما يمنع الوجوب وهو ثمن الخمر؛ لأنه يستحيل وجوب ثمن الخمر على المسلم فيصير راجعًا عما أقر به ولا يصدق وعندهما يصدق إن وصل؛ لأن الفسقة اعتادوا شراء الخمر بالمال، والإقرار به لا يكون إقرارًا بالمال وكان آخر كلامه بيانًا لما هو من محتملات كلامه ولكن فيه تعبير لموجوب كلامه فيصح موصولًا.

ولو قال: ابتعت منه بيعًا بألف ثم قال: لم أقبضه، كان القول قوله اتفاقا؛ لأنه لم يقر بوجوب الألف صريحًا ولكنه أقر بالبيع لا بوجوب الألف والإقرار بالشراء لا يكون إقرارًا بوجوب الثمن لا محالة؛ لأن الإنسان قد يشتري فاسدًا أو يختار فلا يلزمه الثمن، ولو قال لفلان عليّ ألف ثمن هذا العبد والعبد في يد المقر أو المقر له، فإن أقر البائع به وسلم العبد في الصورة الثانية لزمه الثمن؛ لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة، وإن كذبه وقال بعتك غيره لم يلزمه شيء اتفاقا؛ لأنه إنما أقر به بالمال بشرط أن يكون بدلًا عن هذا العبد، فإذا لم يسلم له العبد لا يلزمه بدله وليس في بيانه إبطال التسليم؛ لأن المقر له لو صدقه في البيع لزمه تسليم الثمن، ولو قال هذا العبد لك ولم أبعتكه وإنما بعتك غيره فالمال لازم؛ لأنه أقر بالمال بدلًا عن هذا العبد وقد سلم له هذا العبد حين أقر أنه ملكه فلزمه تسليم بدله أو الاختلاف في السبب لا يعتبر بعدما اتفقا على وجوب المال؛ لأن الأسباب مطلوبة لأحكامها لا لأعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب، كما لو قال لفلان عليّ ألف من قرض وقال المقر له من غصب لزمه المال ويحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويرد العبد ويبطل المال؛ لأن الاختلاف في المبيع يوجب التحالف؛ لأن كل واحد منهما يدعي عقدًا في عين والآخر ينكر، وكذلك لو كان العبد في يد ثالث قال عليّ ألف من ثمن متاع باعنيه إلى العطاء وقال الطالب بل هو حال والقول للطالب؛ لأنهما تصادقا على عقد وادعى أحدهما جوازه والآخر فساده فالقول لمن يدعي الجواز؛ لأن الظاهر يشهد له، أقر بالتسليم ثم قال موصولًا لم أقبض رأس المال صدق وإن قال مفصولًا يصدق قياسًا؛ لأن السلم كما هو عبارة عن التسليم فهو عبارة عن العقد في عرف الاستعمال فكان اسمًا محتملًا لهما فكان هذا بيان تقرير فيصح موصولًا، كما لو قال لفلان عليّ ألف درهم، ثم قال عنيت به نقد كذا فلا يصدق استحسانًا؛ لأن السلم موضوع للتسليم حقيقة؛ لأنه ينبني عنه لغةً، وللعقد مجاز متعارف، فإذا أقر بالسلم فقد أقر بتسليم رأس المال حقيقة، فإذا قال عنيت به العقد كان هذا يعتبر للحقيقة فلا يصح مفصولًا كالاستثناء والشرط، وكذلك لو قال: لفلان عليّ ألف درهم من ثمن جارية باعنيها إلى

أجل وكذبه المقر له في الأجل لا يثبت الأجل خلافًا للشافعي؛ لأن الأجل لا يثبت إلا من جهة البائع فلا يثبت إلا بتصديقه وقد أقر بوجوب ألف في ذمته للبائع فادعى فيه حقًّا لنفسه لا يثبت ذلك إلا من جهة البائع كما لو أقر بعين لغيره، ثم قال آخر هبة أو وهبته لا يثبت ذلك إلا بتصديق المقر له فكذا هذا.

ولو قال: لفلان عندي وديعة ألف درهم، ثم قال لم أقبضها أو قال عليّ ألف درهم قرض ثم قال مفصولًا لم أقبضها فهو لازم له؛ لأن عقد الوديعة والقرض لا يتم إلا بالقبض فأول كلامه يكون إقرارًا بالقبض صريحًا فكان قوله لم أقبضها رجوعا عما أقر به فلا يصح. قال أقرضتني أمس ألفًا أو أسلفتني أو أسلمت واستودعتني أو وضعت عندي، ثم قال لم أقبض مفصولًا لا يصدق وموصولًا لا يصدق؛ لأن هذه العقود لا تتم إلا بالقبض فكان الإقرار بها إقرارًا بالعقد والقبض، فإذا قال لم أقبض فقد استثنى بعدما دخل تحت اللفظ فكان هذا بيان تعبير فيصح موصولًا لا مفصولًا.

ولو قال: دفعت إليَّ أو نقدتني لا يصدق عند أبي يوسف وإن وصل.

وقال محمد: يصدق موصولًا لا مفصولًا؛ لأنه أقر بتسليم المقر به وقبض نفسه ثم استثنى بعض ما أقر به وهو قبض نفسه فيصح موصولًا، كما لو قال أودعتني أو أعطيتني ألفًا ولم أقبضها لأبي يوسف النقد والدفع لا يكون إلا بقبضه؛ لأنه يستدعي مدفوعًا إليه لا محالة كما يستدعي مرفوعا، وإذا لم يقبض لا يكون التمكن نقدًا ولا دفعًا فقوله: لم أقبض رجوع عمّا أقر به ولم يكن استثناء بعض ما أقر به بل هو إبطال أصل الكلام فلم يصدق بخلاف قوله: أعطيتني؛ لأن هذا اللفظ يستعار للعقد وهو الهبة والإيداع، فإن الهبة تسمى عطية والعقد صحيح قبل القبض، فإنه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبض حيث الحالف فجعلنا كلامه عبارة عن العقد إذا قال موصولًا لم أقبضه.

(باب الإقرار بالمال ثم ادعى أنه زيوف أو نبهرجة)

(المبسوط): أقر بألف درهم ثمن بيع أو قرض وادعى أنها زيوف أو نبهرجة[1] لا يصدق وصل أم فصل عند أبي حنيفة وعندهما يصدق إن وصل، لهما أن الزيوف من جنس الدراهم والنقود حتى يحصل بها الاستيفاء في الصرف والسلم فكان بيانًا مجملًا لكن فيه بيان يعتبر لاعتبار العرف والعادة؛ لأن بياعات الناس تكون بالجياد دون الزيوف غالبًا وبيان التعبير يصح موصولًا، لا مفصولًا له أن الزيافة في الدراهم عيب ومطلق العقد يقتضي سلامة البدل عن العيب فلما أقر بالعقد مطلقًا فقد التزم ما هو مقتضى مطلق العقد وهو السلامة عن العيب فيكون دعواه البراءة عن العيب رجوعا عما أقر به فلا يصدق كما لو ادعى البائع البراءة عن العيب في المبيع وليس هذا من باب استثناء الصفة والنوع؛ لأن الصفة لا يتناولها مطلق اسم الدراهم بل الصفة تتبع الأصل فتثبت ثبوت الأصل فلا يصح استثناؤها من الكلام، إذ الاستثناء يتبع اللفظ دون المعنى. أقر بها غصبًا أو وديعة، ثم قال إنها نبهرجة صدق وصل أم فصل؛ لأن الوديعة والغصب لا يقتضيان السلامة عن العيب لأنهما يردان على

---

(١) أنواع الدراهم عند الفقهاء: إذا أطلق الدرهم فيراد به درهم الفضة الجيد الخالص، وللفقهاء في أنواع الدراهم بحسب الغش الذي تتعرض له اصطلاحات لا بد من معرفتها لمن يمارس كتبهم، فمن ذلك:

الجياد: وهي من الفضة الخالصة، وتدرج في التجارات، وتوضع في بيت المال.

الزيوف: وهي المغشوشة، وما يرده بيت المال للزيف، ولكن يتعامل بها التجار، ويجوز الشراء بها بشرط بيان عيبها، وأول من ضربها عبيد الله بن زياد.

النبهرجة: ما يرده التجار ويضرب في غير دار السك التابعة للسلطان.

السَّتُّوقة: أو السَّتُّوق بوزن تَنُّور وهو صفر مموه بالفضة وقد يكون الطاق الأعلى والأسفل فضة وبينهما صُفْر وليس لها حكم الدراهم.

أما الدراهم الجياد فقد انتشرت في التعامل بين أهل مكة والمدينة، وفي الحديث عن علي رضي الله عنه قال: زوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطمة على ٤٨٠ درهمًا وزن ستة.

السلم والمعيب جميعًا، فإن الغاصب يغصب ما يجد والمودع يودع ما احتاج إلى حفظه فلا يدري على أي وصف حصل في يده وكان بيان الوصف إليه وإن قال سيوف أو رصاص صدق إن وصل لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم حقيقة، ولهذا لا يجوز التجارة بها في الصرف والسلم فكان بيانه يعتبر مقتضى كلامه؛ لأن اللفظ يتناول الدراهم حقيقة واسم الستوقة يتناول الدراهم صورة لا حقيقة وبيان التعبير يصح موصولًا لا مفصولًا، ولو قال له عليّ ألف درهم من قرض إلا أنها زيوف فهو على الخلاف في ظاهر الرواية؛ لأن المستقرض مضمون الأداء أو الاستقراض فيما بين الناس وتعاملهم يكون في الجياد عادة كثمن المبيع.

ورُوي عن أبي يوسف في (النوادر): أنه يصدق إذا وصل؛ لأن المستقرض إنما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض وهو بمنزلة الغصب إلا أنه لا يصدق هذا إذا فصل لما فيه من شبه المبيع من حيث المعاملة بين الناس بخلاف الغصب.

ولو قال: عليّ عشرة مثاقيل فضة، ثم قال هي سود فالقول قوله؛ لأن اسم الفضة يتناول السود والبيض والسود نوع من الفضة لا غش فيه فكان بيانًا للنوع وإن قال: من قرض أو ثمن مبيع إن سمى نقد البلد يصدق، وإن لم يسم لا يصدق إن فصل ويصدق إن وصل؛ لأن ذلك بيان نوع من النقود جاء المسلم إليه بزيف فردّ على رب السلم من رأس ماله وأنكر أن يكون منه، فإن كان المسلم إليه قال قبضت الجياد أو حقي أو رأس مالي أو استوفيت الدراهم لا يصدق؛ لأنه صار مناقضًا في كلامه؛ لأنه أقر بقبض الجياد؛ لأن حقه ورأس ماله الجياد والاستيفاء عبارة عن أخذ الحق بتمامه وتمام حقه دراهم جياد، وإن قال قبضت الدراهم يصدّق مع يمينه؛ لأن الإقرار بقبض الدراهم لا يكون إقرارًا بقبض الجياد؛ لأن مطلق اسم الدراهم يتناول الزيوف كما يتناول الجياد فكان منكرًا قبض حقه لا مناقضًا في كلامه فيكون القول له.

(فصل)

ولو قال: عليّ عشرة أفلس كاسدة من قرض أو ثمن بيع لا يصدّق وصل أم فصل عند أبي حنيفة.

وعندهما: يصدّق في القرض إذا وصل وعليه ما قال وفي البيع لا يصدّق.

وعند أبي يوسف أولًا وعنه آخرًا وهو قول محمد يصدّق إن وصل وعليه قيمة المبيع.

وكذلك على هذا لو قال: عليّ عشرة دراهم قرض أو ثمن بيع إلا أنها ستوقة أو رصاص.

لهما: أن بالكساد ينعدم صفة الثمنية للفلوس ولا ينعدم به الجنسية، فإن الكاسدة من جنس الرائجة فكان دعوى كساد الفلوس بمنزلة دعوى الزيافة في الدراهم فكان بيانًا للنوع نصًّا وفسادًا لبيع لمعنى حكم لا بسبب من جهة المقر فلا يكون مدعيًا للفساد نصًّا فيصدق، كما لو قال له عليّ عشرة أفلس ثمن بيع أو قرض إلا أنهما من فلوس بلد كذا وهي كاسدة في هذا البلد والفرق بين القرض والبيع على قول أبي يوسف الأول أن القرض يصح في الفلوس الكاسدة، ولهذا لا يبطل القرض بالكساد فلم يكن إقراره بقرض فلوس كاسدة رجوعًا عما أقر به. فأما البيع يفسد بالفلوس الكاسدة فلا يتعلق البيع بالفلوس فيكون رجوعًا عما أقر به، له: أن المعاملات فيما بين الناس في الفلوس الرائجة وفي الدراهم وقد ألبست ستّوقة فدعواه الكساد في الفلوس في الدراهم مخالف للعرف والعادة ويكون أشد من دعوى الزيافة في الدراهم فلا يصدق، ولأن البيع يفسد بالفلوس الكاسدة والدراهم الستوقة إذا لم تكن معينة؛ لأنها سلعة مجهولة الوزن فيكون مدعيًا للشراء بثمن مجهول وإقراره بمطلق البيع يكون إقرارًا بصحته فلا يصدق في دعوى الفساد، ولو قال له علي كر حنطة ثمن بيع أو قرض، ثم قال هو رديء فالقول قوله وصل أم فصل؛ لأن الرداءة في الحنطة ليست بعيب، فإن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة والحنطة قد تكون رديئة في أصل الخلقة، ولهذا لو اشترى حنطة فوجدها رديئة لم يكن له الرد فلم يكن عيبًا بل كان نوعًا فكان بيان نوع فيصح موصولًا ومفصولًا وكذلك سائر المكيلات والموزونات فالرداءة ليست بعيب في شيء منها والزيافة في الفضة عيب لو اشترى بدرهم عينًا، فإذا هو زيف جاز له الرد؛ لأن زيافته حصلت بصنع العباد.

(النوادر): ذكر في اختلاف زفر ويعقوب لو قال له عليّ ألف درهم فقال المقر له

بل جياد يلزمه الزيوف عندنا خلافًا لزفر لا يلزمه شيء؛ لأنه رد إقراره وادعى عليه شيئًا آخر فبطل، لنا: أن الزيوف من جنس الدراهم كالجياد فلا يكون دعوى الجياد ردًا لأصل الدراهم بل يكون دعوى لنوع الدراهم فيلزمه الدراهم وبيان النوع إلى المقر.

وذكر بعض مشايخنا: لو قال: له عليّ ألف درهم زيوف يلزمه الجياد عند أبي حنيفة وعندهما يلزمه الزيوف؛ لأن مطلق الإقرار بالدين ينصرف إلى الالتزام بطريق التجارة ولو بيّن سبب التجارة فهو على هذا الخلاف فكذا هذا والأصح أنه يصدّق إذا وصل بالاتفاق؛ لأن صفة الجودة إنما تصير مستحقة بعد التجارة، فإذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة عليه، وهذا لأنا لو حملنا مطلق إقراره على جهة التجارة لم يصح قوله إلا أنها زيوف، ولو حملناه على جهة أخرى يصح فحمل كلامه على وجه الصحة أولى.

ولو قال: لفلان عليّ ألف درهم ثمن هذا العبد لا بل ثمن جارية فادعى بهما المقر، فعند أبي يوسف يلزمه ألف واحدة، وعند زفر يلزمه ألفان.

ولو قال: لا بل هي ثمن جارية لا يلزمه إلا ألف واحدة بالاتفاق وهذا بناء على ما لو قال لامرأته أنتِ طالق واحدة لا بل ثنتين تقع واحدة عندنا وعنده ثلاثة.

(باب الإقرار بقبض الدين واقتضائه)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: في قبض الدين.

والثاني: في الإقرار بالدين وإقامة البينة على قضائه.

(فصل)

أصله أن الإقرار باقتضاء الدين إقرار بالدين؛ لأن اقتضاء الدين بدونه لا يتصور ولأن ما يقتضيه المقتضى يصير مضمونًا عليه بالمثل وله على القاضي مثل ذلك فيلتقيان قصاصًا، وإذا كان الاقتضاء بطريق المقاصة كان الإقرار بالاقتضاء إقرارًا

بالدين أولًا لتتحقق المقاصة بينهما. قال قبضت من مالي على فلان مائة درهم فقال المطلوب قبضت مني خمسين كذا وكذا فقال الطالب نعم قبضتها لكن دخلت في المائة وقال المطلوب بل هي سواها فالقول للطالب مع يمينه؛ لأنه أقر بقبض المائة وأبهم جهته فكان جهة القبض إليه؛ ولأن المطلوب يدعي زيادة فيما أوفاه والطالب ينكر فيكون القول قوله، وكذلك لو قال المطلوب بعتك ثوبًا بعشرة بما لك عليّ فقال الطالب بلى وقبضته ودخلت في المائة، ولو كان في يد المطلوب ثوب فقال الطالب ابتعته بعشرة من هذه المائة وقال المطلوب لم أبتعكه وأخذت مني مائة فالقول للمطلوب مع يمينه؛ لأن الطالب ادعى ملك الثوب على المطلوب بعوض والمطلوب ينكر فكان القول قول المنكر ويبقى إقرار الطالب بقبضِ المائة فلزمه إقراره؛ ولأنه أقر بقبض المائة ثم ادعى أن بعض المائة من مال في يد المقر له اشتراه وأنكر المقر له شراءه فلا يصدق، كما لو قال لك عليّ ألف درهم ثم ادعى أن الألف ثمن عبد في يد المقر له والمقر له ينكر البيع يلزمه المال. قال قبضت من المطلوب مائة درهم، ثم قال وجدتها زيوفا صدق وصل أم قطع استحسانًا؛ لأنه أقر بقبض الدراهم مطلقًا فالزيوف من جنس الدراهم يتناوله مطلق اسم الدراهم إلا أنه أبهم صفتها فكان القول قوله في صفتها، وإن قال قبضت منه حقي أو الدين الذي لي عليه وهو ألف، ثم قال بعده وجدتها زيوفا لا يصدق إلا إذا وصل؛ لأنه أقر باستيفاء حقه وحقه في الجياد فقد أقر بقبض الجياد من حيث الظاهر على احتمال أن يكون المقبوض زيوفا وقال ذلك لجهله بها فقوله أنها زيوف كان بيانًا معبرًا لكلامه عن ظاهره فيصح موصولًا لا مفصولًا ولا يمين على المطلوب أنها كانت جيادًا عندهما وقال أبو يوسف أحلفه إذا قال أبهمته وهذا كالاختلاف فيمن أقر بالهبة والقبض وأقر البائع بقبض الثمن، ثم قال لم أقبضه لم يحلف خصمه عندهما، وعند أبي يوسف يحلف فيهما اعتبر التناقض وأبو يوسف اعتبر العرف أنه قد يقر بالاستيفاء بناء على أن المستوفى جياد ثم تبين أنها زيوف قال قبضت منه خمسمائة، ثم قال ستوقة أو رصاص لا يصدّق؛ لأنه أقر بقبض الدراهم فالستوقة ليست من جنس الدراهم فكان بيانه رجوعًا عما أقر به فلا يصح مفصولًا. أقر بخمسمائة على

الشركة وقال هي زيوف صدق وصل أم فصل وللشريك نصفه إن شاء، وإن شاء اتبع المطلوب بالجياد؛ لأنه أقر بقبض الدراهم وذلك يتناول الزيوف حقيقة إلا أنه أبهم صفتها وكان البيان إليه على أي وصف قبضها وإن قال مفصولًا هي رصاص لم يصدّق وللشريك نصفها جياد؛ لأنه لم يصدّق على قبض الرصاص؛ لأنه ليس من جنس حقه، ولو قال موصولًا لا يصدّق ولا شيء للشريك؛ لأن بقبض الرصاص لا يصير مستوفيًا حقه وإنما يثبت للآخر حق المشاركة معه فيما يقبض من حقه، والزيافة في الحنطة كالزيافة في الدراهم؛ لأن الزيافة في الحنطة بيان النوع لا بيان العيب كما بيّنا وفي بيان نوع المقبوض القول قول القابض.

(فصل)

له عليه مائة دينار وعشرة دراهم فقال قبضت دينارًا لا بل درهمًا لزماه؛ لأنهما جنسان مختلفان فكان الإقرار بالمالين كما في الإقرار بالدين. له عليه مائة في صك ومائة في صك فقال قبضت منك عشرة من هذا الصك لا بل من هذا فهي عشرة واحدة يجعلها من أيهما شاء؛ لأنه أقر باقتضاء مال واحد؛ لأن المقر له والمجلس متحد إلا أنه اختلفت جهته واختلاف الجهة لا يوجب اختلاف المال فبقي المال واحدًا فكان القول قول الدافع من أي جهة ملكه؛ لأنه هو المملك.

وإن كان بأحدهما كفيل، فإن كان من عليه اثنين والصك متحدا أو متعددًا وكل واحد كفيل عن صاحبه لزمه لكل واحد عشرة؛ لأن المقر له بالدين اثنان، فإنه أقر أنه قبض عشرة من الأصيل، ثم قال لا بل من الكفيل ومتى اختلف المقر له يلزمه المالان. عليه ألف فقال دفعت منها مائة بيدك لا بل أرسلتها إليّ مع غلامك فهي مائة واحدة؛ لأن المقر له واحد، فإنه سواء قبض المائة من المطلوب أو من رسوله يكون مقرًا بالدين ثمن للمطلوب لا لرسوله وجنس المال متحد فيكون الإقرار بمال واحد. قال قبضت مائة فقال المطلوب وعشرة أرسلت بها إليك وبعتك ثوبًا بعشرة فقال الطالب صدقت وقد دخل هذا في هذه المائة كان القول له مع يمينه.

وقيل: لو قال: المطلوب عشرة بعير وأو لا يلزمه إلا المائة ومع الواو يلزمه

الكل؛ لأن قوله صدقت جواب لما قاله المطلوب والجواب يتضمن إعادة ما في الخطاب فصار كأنه قال الطالب قبضت منك مائة وعشرة أرسلت بها وعشرة قبضته بشراء ثوب؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه، فأما إذا ذكره عشرة بغير الواو فلم يعطف العشرة على المائة بل ذكرها لبيان جهة وصول المائة إليه والصحيح أنه لا يلزمه إلا المائة في الوجهين؛ لأن هذا العطف صحيح باعتبار جهة الوصول إليه؛ لأنه ذكر لوصول المائة جهات مختلفة متغايرة، فإنه قبض ثمانين منها وعشرة بيد رسوله وعشرة بشراء ثوب ولو صرح بهذا في العطف كان العطف صحيحًا باعتبار جهة الوصول إليه فلا حاجة إلى جعله مقرًا بعشرين أخر بالشك، بخلاف ما لو قال قبضت منك مائة وعشرة دنانير؛ لأنه ذكر لوصول المائة جهة واحدة وهو القبض من يده فاعتبر مقرًا بعشرة أخرى حتى يصح هذا العطف؛ لأنه لا يلغى من كلام العاقل ما أمكن. قال قبضت منك مائة لا بل من كفيلك لزمه لكل واحد مائة وليس عليهما يمين؛ لأن المال مالان لاختلاف المقر له؛ لأن ما قبضه من الكفيل ثبت له حق الرجوع للكفيل على الأصيل فكان المقر له مختلفًا. أقر أن لفلان عليه ألف درهم وأنه قضاها موصولًا ثم أقام البينة على القضاء قبل استحسانًا أو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولًا وأقام البينة يقبل استحسانًا ولا يقبل قياسًا وهو قول زفر؛ لأنه أقر بوجوب المال عليه للحال وما قضاه قبل هذا لا يكون واجبًا عليه في الحال وكان في القضاء مناقضًا والمناقضة تمنع صحة الدعوى. وجه الاستحسان: أنه لما وصل القضاء أو الشراء بالإقرار تبين أنه أراد به الماضي لا الحال أي: كان عليّ ألف فقضيتها وكان العبد لفلان اشتريته وهذا متعارف، ألا ترى أن الرجل يقول هذا الثوب للأمير كسانيه، وهذه الدابة للأمير حملني عليها فالمراد به أنه كان له لا أنه في الحال له فكذا هذا فلم يصر مناقضًا في دعواه القضاء، ولو قال ذلك مفصولًا وأقام البينة لا تقبل؛ لأن هذا اللفظ عبارة عن الحال حقيقة وللماضي مجاز متعارف فكان هذا بيانًا مغيرًا لظاهر كلامه وبيان التعبير يصح موصولًا لا مفصولًا، فإذا سكت تقرر المال عليه واجبًا للحال فهو في قوله قبضتها إياه قبل إقراره مناقض في كلامه فلا يسمع.

(المنتقى): قال البائع قد قبضت الثمن من المشتري، ثم قال كان له عليّ ألف درهم فقاصصته بها لا يصدّق؛ لأن القصاص لا يسمى قبضًا، ولو قال قد استوفيت منك الثمن ثم قال له عليّ ألف درهم فقاصصته بها أو برئت إلي منها صدّق؛ لأن القصاص يسمى استيفاء، فإن في الاستيفاء مقاصة وقوله برئت إلي منها يكون بجهة الاستيفاء، ولو قدّم ذكر القصاص فقال قاصصتك بالذي كان لك عليّ بثمن ما اشتريت مني، ثم قال بعد ذلك قد قبضت منك الثمن فقال عنيت القصاص صدّق فيه، ولو قال قبضت منك الثمن لا بل قاصصتك بألف كانت لك عليّ لم يصدّق، ولو قال: استوفيت منك الثمن لا بل قاصصتك بدين كان لك عليّ صدّق.

(الجامع الصغير): مات رجل عن ابنته وألف له على غريم فقال أحدهما قبض إليّ منها خمسمائة فللآخر خمسمائة ولا شيء للمقر؛ لأن الألف صارت ميراثًا بينهما فإقرار المقر بالاستيفاء يصح في حقه دون أخيه فصدّق في حق نفسه وجعل كأنه استوفى خمسمائة.

(باب اختلاف المقر والمقر له في سبب ثبوت المقر به)

(المبسوط): أصله: أن الاختلاف في المقر به يبطل إقراره لتكاذبهما وتجاحدهما فيه والاختلاف في سبب ثبوت المقر به لا يبطل إقراره وللمقر له أن يأخذ بإقراره؛ لأن السبب إن لم يثبت لاختلافهما وتكاذبهما فيه بقي مقرًّا بالمال متعريًا متجردًا عن السبب فصدّقه المقر له في ذلك فصح إقراره وذلك؛ لأن الأسباب مطلوبة لأحكامها لا لأعيانها فبعد التصادق على الحكم لا ينظر ولا يلاحظ إلى اختلاف السبب ولأن اختلاف السبب لا يكون ردًّا لأصل الواجب وإنما يكون ردًّا للسبب وبارتفاع السبب لا يبطل الحكم، إذ بقاء الحكم يستغني عن بقاء السبب، بخلاف ما لو اختلف الشاهدان في سبب وجوب المال تبطل شهادتهما؛ لأن المدعِي إن ادعى ملكًا مطلقًا فقد كذب شاهده فيما شهد له من السبب، وإن ادعى الملك بأحد السببين فقد كذب شاهده والآخر في بعض ما شهد به وتكذيب الشاهد تفسيق له وشهادة الفاسق لا تقبل وإقرار الفاسق مقبول.

قال أبو يوسف ومحمد: لو أقر أنه أخذ الثوب عارية، وقال الآخر: لا بل بيعًا، فالقول للمقر مع يمينه ما لم يلبسه؛ لأنهما تصادقا على أن الأخذ بإذن المالك؛ لأن البائع أقر أنه أخذه بالبيع والمقر أقر بأنه أخذه بالعارية فلم يجب الضمان بالأخذ إلا أن المقر له يدعي الضمان بالبيع وهو ينكر فكان القول له، كما لو قال أخذت هذه الدراهم منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضًا فالقول له ولا يضمن فكذا هذا إلا إذا لبسه فقد استعمل ملك الغير بغير إذنه؛ لأنه إذا لم يثبت الملك لإنكاره البيع ولم يثبت العارية لإنكار صاحبها بقي الاستعمال متعريًا عن الإذن.

ولو قال: أقرضتني، وقال الآخر: غصبتني، فالمقر ضامن ويأخذ المقر له عينة إن كانت قائمة؛ لأنهما تصادقا على كونها مضمونة على القابض إما قرضًا أو غصبًا، واختلفا في سبب وجوب الضمان فلم يثبت السبب لاختلافهما ويثبت الضمان لتصادقهما عليه إذا الاختلاف في مناط الضمان لا يمنع وجوبه.

(**الجامع**): هذه الألف وديعة لك عندي وقال المقر له ليست بوديعة ولي عليك ألف قرضًا أو ثمنًا فجحد المقترض وأراد أخذ الوديعة ليس له ذلك لأيهما. اختلفا في المقر به؛ لأن الدين مع العين مختلفان؛ لأن العين مال منتفع بها حقيقة للحال والدين مال باعتبار العرضية في المال والاختلاف في المقر به يبطل الإقرار.

ولو قال المقر له: ليست بوديعة ولكن أقرضتكها يأخذها بعينها، فإن هلكت فلا ضمان عليه لأنهما تصادقا على المقر به لأنهما اتفقا أن الألف المشار إليها كانت ملكًا للمقر له في الأصل وإنما يزول عن ماله إذا ثبت القرض والقرض لم يثبت لإنكار المقر التملك منه فبقيت على ملك المقر له، ولو أقر بألف قرض وادعى المقر له ألفًا ثمن مبيع لزمه لأنهما تصادقا على المقر به؛ لأنهما توافقا أن المقر به ألف دين في ذمته سواء كان قرضًا أو ثمنًا وإنما اختلفا في سبب وجوبها في الذمة ولم يثبت السبب لاختلافهما بقي مقرًا بألف مرسلة متجردة عن السبب.

ولو قال: هذه الألف بعينها غصبتها منك، وقال المقر له: لي عليك من ثمن بيع فهو بمنزلة الوديعة لأنهما اتفقا على المقر به؛ لأن المقر أقر بالغصب وقد عجز عن رد العين لما كذبه المقر له في الألف المعينة فيكون مقرًا له بمثلها دينًا في الذمة

وقد صدقه المقر له في وجوب الألف دينًا في الذمة فيلزمه ألف لا بعينها، وليس له أن يأخذ هذه الألف بعينها؛ لأن التعيين إلى المقر في المعاوضات.

(باب الإقرار بالغصب والإتلاف)

فيه فصول:

أحدها: في الإقرار بالغصب مطلقًا أو مع دعوى الرد.

والثاني: في الإقرار بالغصب مع الاستثناء.

والثالث: في الإقرار بالغصب مع الشيء أو من الطرف.

(فصل)

أقر بغصب شيء كائنًا ما كان من صغير أو عبد محجور أو غيرهما يلزمه رده ويرد على من أخذ منه، وإن كان صغيرًا؛ لأن الغصب عدوان بإزالة اليد المحقة المحترمة للغير وإثبات اليد العادية[1] المبطلة لنفسه، فإذا أعاده إلى من أخذه منه فقد صار معيدا لما فوته معدما لأثر عدوانه وهو ينظر من انتزع خاتمًا من إصبع نائم ثم أعاده إلى إصبعه قبل انتباهه برئ منه؛ لأنه أعاده كما كان ما خلا الولد الصغير مع أبيه الغني ووصيه لا يكون غاصبا لما يأخذ من ماله؛ لأن له ولاية الأخذ لتصرفه وحفظه، ولو أقر أنه غصبه ثوبًا وقال رددت عليه لا يصدّق وصل أم فصل؛ لأنه أقر بوجوب الضمان ثم ادعى البراءة فلا تقبل.

(فصل)

قال: غصبتك هذا العبد أمس إن شاء الله، لا يلزمه شيء، ورُوي عن أبي يوسف أنه يلزمه المال؛ لأنه علق بمشيئة الله تعالى غصبًا موجودًا في الأمس والفعل الموجود في الماضي لا يقبل التعليق بالشرط؛ لأن مجمل التعليق إعدام المعلق والفعل الموجود لا يمكن إعدامه فلم يصح التعليق فبقي تنجيزًا، وجه ظاهر الرواية

(١) المراد باليد: هو القدرة على التصرف. وعدم اليد: عدم القدرة على التصرف (تبيين الحقائق٢/٥٥٢). والعادية: بتخفيف الياء لا بتشديدها، وهي الضامنة لا المتعدية.

أنه علق بالمشيئة الإقرار للحال لا الغصب في الماضي والإقرار الصادر منه للحال يقبل التعليق بالشرط كقوله أنت حر إن شاء الله فصح التعليق بالمشيئة ومشيئة الله ما لا يوقف عليها فلم ينزل ما يتعلق بها أبدًا. قال غصبتك إلا نصفه فهو كقوله غصبتك نصفه؛ لأنه يتصور غصب نصف العبد دون النصف، بأن كان العبد مشتركًا بين المقر والمقر له فغصب منه في نوبته يكون غصبًا للنصف، وإذا كان غصب نصف العبد متصورًا في الجملة يكون غاصبًا للنصف فيكون استثناء البعض من الجملة فصح بخلاف ما لو قال لامرأته أنت طالق تطليقة إلا نصفها كان الاستثناء باطلًا؛ لأن الطلاق مما لا يتجزأ في الإيقاع فكذا في الاستثناء فيصير مستثنيًا للكل قال غصبت من فلان هذا العبد ومن فلان هذه الأمة إلا نصف هذا العبد يصح هذا الاستثناء؛ لأن الكلام موصول بعضه ببعض لكون الجملة الثانية معطوفة على الأولى فيصح صرف الاستثناء إلى الكلام الأول، فإذا استثنى بعضه صح.

ولو قال: إلا العبد كله كان باطلًا؛ لأنه أفرد كل واحد منهما بالذكر ولم يجمعهما في الغصب فكان غصب كل واحد منهما جملة على حدة، فإذا استثنى إحدى الجملتين فقد استثنى الكل من الكل فبطل، كما لو قال هذا العبد حر وهذه الأمة حرة إلا العبد كان الاستثناء باطلًا فكذا هذا.

(فصل)

قال: غصبتك كذا وكذا، أو مع كذا أو كذا بكذا، أو كذا عليه كذا، أو كذا فكذا لزماه جميعًا؛ لأن الواو والفاء للعطف فشارك المعطوف المعطوف عليه في الخبر، كما لو قال غصبت عبدًا أو جارية أو فجارية وكذا مع كذا يجوز أن تقول دابة مع سرجها؛ لأن كلمة مع للمقارنة ولا تتحقق المقارنة بينهما إلا في هذا وكذا بكذا نحو أن تقول غصبته فرسًا بلجامه أو عبدًا بمنديله فهو إقرار بعضهما؛ لأن الباء للإلصاق فيصير هو ملصق الثاني بالأول، ولن يتحقق الإلصاق إلا بعد أن يكون غاصبًا لهما وقوله وعليه نحو أن يقول غصبته دابة وعليها سرجها فقوله عليه عبارة عن كونه غالبًا عليه وقت الغصب فقد جعل المقصود محلًا لما عليه والمحل مغصوب فكذا ما كان غالبًا عليه يكون مغصوبًا.

ولو قال: كذا من كذا أو كذا على كذا لزمه الأول نحو أن يقول غصبت منديلًا من غلامه أو سرجًا من دابته كان إقرارًا بالغصب في الأول خاصة؛ لأن كلمة من للتبعيض فأقر بغصب البعض دون الجميع كما يقال غصبت عمامتك من رأسك أو ثوبًا من يديك ولا يفهم منه إلا الإقرار بغصب المنديل والثوب فقط وكذا على كذا نحو أن يقول غصبته إكافًا على حماره فيكون إقرارًا بغصب الإكاف[1] خاصة والحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيًا غصب المحل. قال غصبتك كذا في كذا لزماه إن صلح الثاني وعاء للأول نحو قوله غصبتك ثوبًا في منديل وطعامًا في سفينة وحنطة في جوالق؛ لأن في حقيقته للظرف فقد أخبر بأن الثاني كان ظرفًا للأول مع غصبه ولن يكون كذلك إلا إذا كان غصبهما، وإن لم يصلح الثاني وعاء نحو قوله غصبتك درهمًا في درهم لزمه الأول؛ لأنه يستحيل أن يكون الدرهم ظرفًا للدرهم فنفي قوله في درهم فبقي قوله غصبتك درهمًا ومتى تعذر العمل بحقيقة كلمة الظرف يعمل لمجازها وفي المجاز كما يحتمل معنى مع قال الله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ٢٩﴾ [الفجر: ٢٩] أي مع عبادي يحتمل معنى على قال الله تعالى: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمۡ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخۡلِ﴾ [طه: ٧١] أي على جذوع النخل، فإن حمل على معنى مع لزمه الثاني وإن حمل على معنى على لا يلزمه فلا يلزمه بالشك والاحتمال.

ولو قال: ثوبًا في عشرة أثواب لا يلزمه الأثواب عند أبي يوسف.

وعند محمد: يلزمه أحد عشر ثوبًا، لمحمد: أن العشرة قد تجعل ظرفًا ووعاء للثوب الواحد عرفًا وعادة، فإن الثوب النفيس قد يلف عادة في الثياب احتياطا في صيانته فوجب العمل بحقيقة كلمة الظرف فصار مقرًا بغصب ثوب مظروف في عشرة أثواب، لأبي يوسف أن في العرف لا يجعل عشرة أثواب ظرفًا ووعاء لثوب واحد إذا كان من جنسه.

ولو قال: غصبته كرباسًا في عشرة أثواب حرير، عند محمد: لا يلزمه الكل؛ لأن

---

(١) الإكافُ: البَرْذَعة. والجمع: أُكُف. «برذعة» الحمار، وهي ما يوضع على ظهره ليركب عليه.

عشرة أثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة فلغى حرف الظرف ولزمه الأول كما لو أقر بغصب درهم في درهم قال غصبتك مائة كر حنطة في بيت ضمن الطعام والبيت عند محمد وعندهما الطعام وحده؛ لأن غصب العقار لا يتحقق عندهما.

وعند محمد: يتحقق والبيت قد يكون وعاء لِلطعام فيكون إقرارًا بغصبهما قال غصبتك البيت بالطعام وما نقلت الطعام يؤخذ بهما؛ لأن غصب الطعام لا يكون إلا بالنقل والتحويل، فلما أقر بغصبه فقد أقر بنقله، فإذا قال لم أنقله فقد رجع عما أقر به فلا يصدّق وكان ضامنًا للطعام وحده، وعند محمد هو ضامن للبيت أيضًا. أقر أنه غصبه ثوبًا من عينة لا يلزمه العينة، كما لو قال غصبت ثوبًا من يديك أو طعامًا من ظهر دابتك.

(**المنتقى**): عن محمد رجل أقر أنه غصب رجلًا أرضًا بيضاء فبنى فيها هذا البناء وقال المغصوب غصبتها مبنية هذا البناء فالقول قول المغصوب، وإن أقاما البينة فالبينة بينة الغاصب، وكذا النخل والشجر في الأرض لو اختلفا في متاع في الدار موضوع وآجر غير مبني أو باب أو خشب موضوع فيها فالقول في ذلك قول الغاصب والبينة بينة المغصوب. رجل في يديه أمة فقال هي لفلان استودعنيها، ثم قال أستغفر الله بل لفلان أودعنيها وهي له فقضي بها للأول ثم اشتراها المقر، فإنه يدفعها إلى الثاني، ولو ماتت في يديه يقضى بضمها للأول؛ لأنه جحدها بالقول الآخر ويقضى بقيمتها للآخر؛ لأنه استهلكها بالقول الأول قال محمد في (**الرقيات**): في رجل قال غصبتك ألف درهم فربحت فيها عشرة آلاف وقال المقر له بل أمرتك به فالقول قوله؛ لأن الربح حصل على ملكه والإذن يستفاد من جهته فالظاهر يشهد له، ولو قال غصبتني عشرة آلاف درهم فالقول قول الغاصب، ولو قال غصبتك ثوبا فقطعته وخطته بغير أمرك فقال له بل غصبتني القميص أو قال بل أمرتك فالقول قول المغصوب منه؛ لأن في مسألة الدراهم اتفقا أن الأصل هو الألف والزيادة عليها ربح ثم ادعى المغصوب منه ملك الربح والفرع، والظاهر يشهد له وهو أن الفرع يتولد ويخلف على وصف الأصل ونهجه بخلاف ما إذا قال غصبتني الكل؛ لأنهما لم يتفقا إلا في ألف وفيما وراء الألف المغصوب منه ادعى ابتداء الغصب

والغاصب ينكر والظاهر معه فكان القول قوله، وفي مسألة الخياطة اتفقا أن الثوب مغصوب وادعى الغاصب ملك الثوب بسبب جديد وهو إحداث الصنعة المنقومة والمالك ينكر فكان القول قوله. أقر رجل أنه صب زيتًا أو دهنًا أو خلًّا لإنسان وقال صببته وهو نجس قد ماتت فيه فأرة فالقول قوله، ولو استهلكه إنسان وقال هو ميتة لا يصدق فيه ويضمن؛ لأن لحم الميتة لا يباع في السوق ويباع فيه سمن وزيت قد ماتت فيه الفأرة.

ولو قال: لفلان عليّ ألف درهم من ميراث فلان وصدقه المقر له فلورثة فلان أن يأخذوها من المقر له وإن كذبه المقر له فلا سبيل للورثة عليهما.

(باب الإقرار بالبيع والعيب)

(المبسوط): أقر أنه باع دارًا منه ولم يسمها ثم جحده فالإقرار باطل وكذلك إن سمى البيع ولم يسمه ثمنًا؛ لأنه أقر ببيع دار مجهول وبثمن مجهول فتعذر الالتزام بحكمه، فإن حدد الدار وسمى الثمن يلزمه وإن جحد ذلك البائع ولا يعرف الشهود الحدود بعد أن تقوم البينة على معرفة الحدود؛ لأنه أقر ببيع معلوم بثمن معلوم، فإن المبيع يصير معلومًا بالتحديد؛ لأن التحديد فيما يتعذر إحضاره بمنزلة الإشارة إلى العين فيما يتيسر إحضاره بدليل سماع الدعوى والبينة باعتباره ثم عند قيام البينة على معرفة الحدود كان إقراره ملزمًا فكان العمل به ممكنا فالبينة عليه تكون مسموعة قال لعبد هذا العبد بألف وقال المشتري ما اشتريت، ثم قال بلى ابتعت منك بألف وقال البائع ما بعتكه ينفذ شراؤه بألف؛ لأن البائع أقر ببيع تام ولم ينفسخ البيع لمجرد جحود المشتري؛ لأن أحد المتبايعين لا ينفرد بالفسخ وبدليل أن البائع لو أقام البينة على البيع مع جحود المشتري يقضى بالبيع فصادف تصديق المشتري عقدًا قائمًا فينفذ البيع بخلاف سائر الأقارير، فإنه يبطل بتكذيب المقر له وهنا لا يبطل؛ لأن ثمة المقر به حق المقر له خاصة والإنسان ينفرد بإبطال حقه، وأما العقد حق المتعاقدين؛ لأنه تم بهما فتكذيب أحدهما يتضمن إبطال حق الآخر فلا يصح، فإن صدقه البائع أنه ما اشترى ثم رجع إلى الموافقة لا ينفذ؛ لأنه متى صدقه البائع

في إنكار البيع انتقض البيع بينهما بتصادقهما؛ لأن المتبايعين يملكان فسخ العقد وبتجاحدهما يكون فسخًا له، ألا ترى أن البائع لا يتمكن من إقامة البينة على البيع بعد ذلك فإن صدقه البائع بعده على الشراء ينفذ؛ لأن تصادقهما على الشراء بمنزلة البيع المستأنف والمجدد كما كان تجاحدهما بمنزلة الفسخ؛ لأن البيع ينعقد بالتراضي ولأن تصادقهما على البيع بعد التجاحد دليل على أنهما لم يريدا بالتجاحد الفسخ وإنما أرادا بذلك الكذب فظهر أن البيع كان منعقدًا بينهما بهذا التصادق؛ لأن الحق لا يعدوهما، فإذا تصادقا على مجمل صح تصادقهما على نفسهما وصارا كما لو تقايلا ثم تفاسخا الإقالة عاد البيع، وإن لم يجدد البيع فكذا هذا أقر أنه باع هذا العبد منه ولم يسم ثمنًا فقال المشتري اشتريته بخمسمائة فجحد البائع البيع يحلف على دعوى المشتري ولا يلزمه البيع، وكذلك لو كان هذا الإقرار من المشتري؛ لأنه متى أقر ببيع بغير ثمن فقد أقر ببيع فاسد والبيع الفاسد لا يكون ملزمًا والآخر يدعي بيعًا صحيحًا ملزمًا والمقر لم يقر به بل ينكره فكان القول قول المنكر مع يمينه. أقر أنه باع هذا العبد من فلان لا بل من فلان وهو باطل ويحلف لكل واحد إن ادعاه بثمن مسمى؛ لأنه أقر لكل واحد ببيع فاسد وادعى كل واحد بيعًا جائزًا والمقر ينكره فكان القول قوله بخلاف ما لو سبق من الإقرار بالبيع وقبض الثمن، فإنه يصح بدون تسمية الثمن؛ لأنه أمكن إلزام موجب إقراره وإن موجبه إلزام تسليم المبيع لانتهاء حكم العقد في الثمن بالقبض، أما هنا لا يمكنه إلزام موجب إقراره فلم يصح.

قال هذا العبد اشتريته من فلان بألف ونفذته، ثم قال بعد ذلك اشتريته من فلان آخر بخمسمائة ونفذته أقام البينة على الكل يقبل وعليه الثمنان؛ لأنه أمكن الجمع والتوفيق بينهما لجواز أنه اشتراه من أحدهما ثم صار مملوكًا لآخر بسبب فيشتريه فلم يكن دعواه الشراء من أحدهما تكذيبًا لنفسه في دعوى الشراء من الآخر وهذا إذا أقام البينة على البيعين دون نقد الثمنين، وإن أقام البينة على نقد الثمنين فلا ثمن عليه لو أخذ منهما، وإن لم يقم البينة فالعبد للأول وللثاني قيمة العبد إن جحد البيع؛ لأنه أقر بقبض ملكه على جهة الضمان وعجز عن الرد عليه فلزمه قيمته وإن

أقر به فخمسمائة؛ لأنه أقر له بالثمن وصدقه المقر له فيه فلزمه. أقر البائع أنه باع وبه خرق فجاء المشتري بخرق فقال البائع ليس هذا لا يصدق البائع؛ لأن الظاهر يكذبه، فإن الخرق الموجود في الثوب لا يزول بحيث لا يبقى له أثر؛ لأن الخرق وإن رتي أو خيّط بقي أثره كالحرق لا يزول بحيث لا يبقى له أثر، فإذا لم يُرَ خرق ظاهر ولا أثر خرق سوى ما عينه المشتري عرفنا أن ما أقر به البائع هو الذي عينه المشتري، ولو قال زاد وكان صغيرًا صدّق؛ لأنه أقر بأصل الخرق وأجمل مقداره فكان القول قوله في بيان مقداره لا إنكاره، ولو كان به خرق غير ذلك فقال البائع بعتك وهذا به ولم يكن الآخر به فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأنه أقر بخرق واحد لا بعينه، فإذا كان فيه خرقان كان المقر به أحدهما وأنه مجهول فيرجع في البيان إليه وفي القرحة بالعبد والدابة يصدق البائع بكل حال؛ لأن القرحة تزول بحيث لا يبقى لها أثر بعد البرء فلم يكن من ضرورة إقرار البائع كون هذه القرحة التي عينها المشتري موجودة عنده وكذلك إن سمى نوعًا من العيوب صدق أنه قد ذهب وهذا غيره إذا كان مما يبرأ ويذهب.

(**المنتقى**): رجل اشترى جارية وقبضها ثم أقر المشتري أنها لهذا المدعِي فصدقه البائع وأراد المشتري أن يرجع عليه بالثمن فقال البائع إنما كانت للمدعي لأنك وهبتها له كان القول قوله، ولو قال لرجل بعتك عبدي هذا أمس بألف درهم فلم يقبل فقال المشتري قد قبلت فالقول له، وكذلك لو قال المشتري اشتريت منك هذا فلم يقبل فقال البائع بلى قبلت فالقول له وكذلك الإقرار بكل عقد هو بيع ومعاوضة كالنكاح والإجارة والكتابة والكفالة وببيع العبد من نفسه وببيع الطلاق من امرأة؛ لأن لفظة البيع ينتظم فعلهما جميعًا بخلاف ما إذا أقر بالطلاق والعتاق على مال وأنكر القبول وقالت المرأة والعبد قبلت فالقول للزوج والمولى؛ لأن في جانبهما إسقاط لا معاوضة، ولهذا لا يصح رجوعهما عنه فلا تفتقر صحته إلى القبول.

(**الجامع**): أصله أن البائع متى شتم الجارية المبيعة بعيب من العيوب ولا يكون في المشتوم حقيقة كما يقال يا كلب يا حمار على سبيل الشتم لا يكون إقرارًا بالعيب؛ لأنه أراد به الشتم والسب لا تحقيق الفعل فيه وإن يسمّه بما يكون فيه

يكون إقرارًا بالعيب؛ لأنه أراد للحال التحقيق، ولو قال لجاريته يا سارقة يا زانية يا مجنونة ثم باعها فوجدها المشتري كما قال وقال البائع حدث عندك فالقول للبائع مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهد للبائع؛ لأن البيع أمر حادث والأصل في الحوادث أنه يحكم بحدوثها من وقت ظهورها ما لم يثبت تقدمها على وقت ظهورها؛ لأن حدوثها في الحال متيقن فيه وفي سبق حدوثها شك، وكذلك لو قال هذه السارقة فعلت كذا أو هذه الآبقة أو هذه الزانية فعلت كذا، ولو قال هذه السارقة وسكت كان إقرارًا، وكذلك لو قال هذه سارقة والفرق أن هذه العيوب القبيحة في عرف الاستعمال متى ذكرت على سبيل النداء ومقرونة بفعل من أفعالها القبيحة تكون شتيمة لا إقرارًا بوجود هذه العيوب فيها والشاتم بالشتم يريد تعيير المشتوم وذمه ولا يريد وجود معنى الشتم فيه كما يقول لعبده يا كلب يا حمار ولا يريد بذلك كونه كلبًا وحمارًا وإنما يريد به ذمه وتنقيصهُ، ولهذا لو قال لامرأته يا كافرة لا يفرق بينهما؛ لأنه أراد بذلك شتمها وذمها وتعييرها لا وجود الكفر فيها فمتى ذكرت هذه العيوب متعرية عن النداء ولا مقرونة بالأفعال، فإنه يريد به الإقرار بوجودها فيها كما تقتضيه حقيقة الكلام بخلاف ما لو قال لامرأته يا طالق أو لأمته يا حرة أو قال هذه الطالقة أو لأمته هذه الحرة فعلت كذا يكون إيقاعًا وإقرارًا، وإن كان مقرونا بالفعل أو على وجه النداء؛ لأنه لا يستعمل هذه الأوصاف للشتيمة والذم والتعيير؛ لأنه ليس فيها ما يوجب الذم وإنما يذكر للإيقاع أو للإخبار لا غير فعملنا بحقيقة الكلام عرفًا في الأحوال كلها بخلاف ما لو قال لامرأته يا زانية أو هذه الزانية فعلت كذا يجب الحد؛ لأن وجوب الحد معلق بالقذف بتهمة الزنا لا بحقيقته وقال الزنا في المقذوف متى تحقق لا يجب الحد؛ لأن وجوب الحد معلق على القاذف والقذف على وجه الشتيمة والتعيير والذم يورث تهمة الزنا فيها فيجب الحد.

(باب إقرار الوكيل على موكله أو الموكل على وكيله)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: في الوكيل بالبيع.

والثاني: في الوكيل بالشراء.

(فصل)

وكّل رجلًا يبيع عبده فأقر الوكيل بالبيع يصدّق؛ لأنه أقر بما يملك إنشاءه بغير بينة، وإذا أنشأ انتهت الوكالة فعجز عن الإنشاء فمست الحاجة إلى إظهار حكم الإنشاء بالإقرار بخلاف الوكيل بالنكاح إذا أقر على موكله لا يصح؛ لأنه لا يملك إنشاءه إلا ببينة وإشهار فلا حاجة إلى إظهار حكم الإنشاء بالإقرار؛ لأن بينة الإنشاء يشهدون عند التجاحد والتناكر والشهادة فوق الإقرار على غيره. أقر رب العبد أن وكيله باعه من فلان بألف وصدقه فلان وجحد الوكيل بالعبد لفلان والعهدة على مولى العبد؛ لأنه يملك إنشاء البيع فيصح إقراره بذلك لتصادقهما على زوال ملكه وثبوت الملك للمشتري ووجوب الثمن عليه غير أن الموكل مع المشتري لا يصدقان في إلزام العهدة على الوكيل، ومتى تعذر إيجاب العهدة على الوكيل لإنكاره يجب على الموكل كمن وكل صبيًا محجورًا بالبيع فباع كانت العهدة على الموكل. العبد لرجل أجنبي فاستهلك المشتري العبد فقال رب العبد للبائع أنا أمرتك بالبيع فلي الثمن وقال الوكيل لم تأمرني ولي الثمن ولك القيمة فالقول لرب العبد وكذلك إن كان العبد قائمًا؛ لأن الوكيل يدعي على الآمر بملك العبد بضمان القيمة ورب العبد ينكر فيكون القول له كما لو ادعى التملك بالشراء وأنكر رب العبد ولأنهما اتفقا على أن الثمن بدل ملكه والأصل كان مملوكًا لرب العبد فالثمن يكون له والوكيل بجحوده الأمر مناقض من وجه؛ لأن إقدامه على البيع إقرار منه بصحته وصحته بإذن صاحب العبد.

أقر رب العبد أنه أجاز البيع بعدما وقع بيوم وأنكر المشتري فالقول لرب العبد ولا يمين عليه؛ لأنه ملك الإجازة في الحال فصح إقراره بالإجازة، وإن كان العبد ميتًا فالقول للمشتري مع يمينه؛ لأنه لا يملك إنشاء الإجازة فلا يصح إقراره بها ثم هو يدعي على المشتري الثمن والمشتري ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه على علمه.

(فصل)

وكيل بشراء عبد بعينه أقر أنه اشترى وصدّقه البائع يلزم الأمر، وإن جحد؛ لأنه أقر بما يملك إنشاءه وهو غير متهم فيه؛ لأنه لا يملك أن يشتريه لنفسه ولأنه ظهر الشراء في حال لا يملك أن يشتريه إلا لموكله فنفذ الشراء على موكله، وإن أمره بشراء عبد بغير عينه وسمى جنسه وصفته وثمنه وأقر الوكيل أنه اشترى كما أمر وجحده الآمر فعند أبي حنيفة إن دفع الثمن إلى الوكيل فهو مصدق ولا يصدق إن لم يدفع الثمن إليه وعندهما إن كان العبد قائمًا وليس فيه غبن فاحش يصدق.

ولهما: أنه أقر بما يملك إنشاءه واستثناءه للحال فيصدق؛ لأنه إن كان صادقًا فيما أقر صح، وإن كان كاذبًا بجعل ما حكى إنشاء منه للحال وهو مسلط على إنشاء عقد فيه إيجاب ضمان على الموكل من جهته، فكذا إذا حكاه يصح إقراره كما لو كان العبد معينا أو الثمن منقودًا له أنه تتمكن التهمة في إقراره؛ لأن الوكيل يشتري شيئًا بغير عينه لا يعجز عن الشراء لنفسه فيتهم أنه اشتراه لنفسه، فإذا وجد به عيبًا أو وجد فيه عبئًا أظهر لموكله فيتضرر به الموكل فلم يصدق في إقراره نفيًا للتهمة ودفعًا للضرر عن موكله وإنما تعتبر هذه التهمة إذا قصد إيجاب الثمن في ذمة الآمر؛ لأنه لا ولاية له على ذمته في إلزام الثمن مطلقًا بخلاف ما لو كان الثمن مدفوعا إليه؛ لأنه لا يمكنه إيجاب شيء على الآمر بل يجبر بأداء الأمانة فيجعل أمينًا فيه فيصدق فيه هذا إذا كان الآمر حيا وإن مات ثم أقر الوكيل، فإن كان الثمن في يده أو يد البائع أو كان الآمر لم يدفع الثمن إليه لا يصدق عند أبي حنيفة، ويحلف الورثة على علمهم؛ لأن الوكالة قد تطلق بموت الآمر وصار ما في يده من الثمن ملكًا للورثة وهو بهذا الإقرار يريد إبطال ملكهم عن الثمن أو إيجاب ضمان عليهم فيما إذا لم يكن الآمر دفع الثمن إليه فلا يقبل قوله في ذلك، كما لو عزله الموكل حال حياته فقال كنت اشتريت هذا العبد قبل العزل والثمن قائم أو لم يكن دفع إليه لا يصدق الوكيل، فكذا هذا بخلاف حال حياة الآمر؛ لأن الوكالة قائمة وهو يملك إخراج الثمن من ملكه بإنشاء الشراء فكذا بالإقرار.

وإن كان البائع قد استهلك الثمن فالقول للوكيل استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه أقر بما لا يملك إنشاءه فلا يصدق كما لو كان الثمن قائمًا، وجه الاستحسان أنه بهذا الإقرار لا يخرج شيئًا من ملك الورثة لكن الورثة تدعي عليه ضمان الثمن والوكيل ينكر وجوب الضمان عليه فيما كان أمينًا فيه فيكون القول قول المنكر، وكذلك لو أمره ببيع عبد له ثم مات إن كان قائمًا لا يصدق الوكيل، ومستهلكًا يصدق؛ لأن بالموت ظهر عزل الوكيل وثبوت ملك الوارث في العبد والوكيل يدعي إبطال ملك الوارث في العبد بعدما صار معزولا فلم يصدق وبعد الهلاك ينكر ضمانا يدعيه الوارث فيكون القول له.

(المنتقى): عن محمد في الوكيل بالبيع إذا باع وتقابضا وهلك الثمن عنده لو دفعه إلى الآمر ثم ادعى المشتري بالعبد عيبًا يحدث مثله فأنكره الوكيل وأقر به الموكل لم ينقض البيع ولم يلزم البائع ولا الآمر؛ لأن البيع حق البائع ولا ينتقض إلا بقضاء القاضي أو ينقضه برضاء المشتري وكذلك في الرجوع بنقصان العيب، وكذلك لو اشترى جارية فادعى المشتري أنه اشتراها على أنها بكرًا أو على أنها خبّازة وأنه لم يجدها كذلك وكذبه البائع وصدقه الآمر، ولو ادعى المشتري أن البائع شرط له الخيار ثلاثة أيام أو كان في البيع شرطًا مفسدًا للبيع، أو اشترى جارية على أنها بكر أو خبازة أو كاتبة فلم يجدها كذلك ونقض البيع في الثلاث وفي الشرط قبل قبض الجارية وصدقه الآمر وكذبه البائع في ذلك ترد الجارية على الآمر ويأخذ منه الثمن؛ لأن المشتري يملك المبيع في هذه الصورة من غير قضاء ورجع ملك المبيع إلى الآمر فلزمه رد الثمن.

(الجامع): الوكيل ببيع العبد أقر أن الآمر كان استقرض من المشتري قبل وقوع البيع ألفًا وقبض فالمشتري بريء من الثمن وضمن الوكيل الثمن للآمر بخلاف ما لو قال بعد البيع والفرق أن قبل البيع أقر بما يوجب براءة المشتري عن الثمن؛ لأن الثمن يصير قصاصًا بدين الوكيل ويضمن مثله؛ لأنه أقر أنه قضى دينه من ماله والوكيل غير مسلط على قضاء دينه من مال الموكل وإنما هو مسلط على الاقتضاء والاستيفاء فكان إقراره بقضاء دينه وإقراره بإبراء المشتري عن الثمن سواء، ولو

أبرأه عن الثمن صح وضمن عندهما خلافًا لأبي يوسف فكذا هذا، ولهذا لو استقرض الوكيل ألفًا بنفسه ثم تبايعا يجب على الوكيل ضمانه وبعد البيع أقر ببراءة المشتري عن الثمن بما كان مسلطًا عليه؛ لأنه أقر ببراءته بسبب اقتضاء الثمن، فإنه وجد منه اقتضاء الثمن وهو قبض عين مال مضمون من جنس الثمن بعد البيع والوكيل مسلط على الاقتضاء من جهة الموكل، وكذلك لو أقر أنه جرحه بعد البيع أو قتله فهو كذلك.

(باب إقرار الشريك والمضارب)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: في إقرار الشريك.

والثاني: في إقرار المضارب.

(فصل)

مسائله على قسمين:

أحدهما: في الإقرار بالدين.

والثاني: في الإقرار بالشركة.

أما القسم الأول: إقرار شريك العيان على شريكه في بيع أو شراء شيء قائم بعينه جائز وله على شريكه حصته؛ لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في البيع والشراء وإقرار الوكيل بما يملك إنشاءه جائز، وإن أقر بشراء شيء مستهلك يكون ثمنه دينًا عليه دون شريكه؛ لأن إقرار الوكيل بالشراء إذا كان المبيع هالكًا لا يصح فكذلك الشريك، وهذا لأن الموكل والشريك بعقد الوكالة والشركة سلطة على إيجاب الدين في ذمته بعوض يعدله وهذا الإقرار يوجب عليه دينًا بغير عوض يحصل له أصلًا وهو غير مسلط على هذا فلا يقبل إقراره والمضارب يملك ذلك في العين والدين جميعًا؛ لأن المال في يد المضارب وهو مسلط على إيجاب الدين فيه، ولهذا لو أنشأ الشراء صح منه ويجب الثمن دينًا في مال المضاربة حتى لو

هلك مال المضاربة قبل أن ينفذه رجع على رب المال، فأما الشريك غير مسلط على إيجاب الدين في ذمة صاحبه إلا بشرط سلامة البدل له؛ لأنه بمنزلة الوكيل بالشراء فلم يدفع الثمن إليه ولـم يسلم له متى كان هالكًا ورأس المال في أيديهما فيكون في نصيب صاحبه. أقر أحد شريكي العنان أنه باع وبه العيب فليس للمشتري أن يرده على أحدهما؛ لأن شريك العنان وكيل صاحبه في التجارة وإقرار الوكيل على موكله، وإقرار الموكل على وكيله بالعيب لا يصح بخلاف شريك المفاوض إذا أقر به كان له أن يرده؛ لأن إقرار أحدهما فيما هو من التجارة ينفذ عليهما أقر رب المال بعيب فيما باعه المضارب ليس للمشتري رده على المضارب؛ لأن المضارب وكيل بالبيع وإقرار الموكل على الوكيل لا ينفذ وكذلك رب المال باع فأقر المضارب؛ لأنه أقر بحقوق العقد على غيره وإن أقر البائع لزمهما؛ لأنه إن كان الرد بالتراضي كان شراء مستأنفًا وهو مسلط على الشراء من جهة صاحبه، وإن كان نقضًا يكون فسخًا وهو مسلط على الفسخ من جهة صاحبه، ألا ترى أنه لو أقال المشتري أو اشتراه منه ابتداء يلزم شريكه وهذا؛ لأن الوكالة التي بينهما قائمة لقيام عقد الشركة وما انتهت بتسليم المبيع بخلاف الوكيل؛ لأن الوكالة انتهت بالتسليم فلا ينفذ إقراره بثبوت حق الفسخ في حق الآمر، وإن كانا شريكين في سلعة خاصة فأقر البائع منهما بالعيب لزمه خاصة؛ لأن البائع منهما بأمر صاحبه وكيل في بيع نصيب صاحبه وقد انتهت وكالته بالتسليم فإقراره يلزمه دون شريكه إلا أن يكون عيبًا لا يحدث مثله فيلزمهما إذا كان الفسخ نقضًا لا بانتفاء أن العيب كان موجودًا عند الآمر، والرد بالقضاء فسخ العقد من الأصل فقد فسخ القاضي العقد بعد ظهور العيب من الأصل بيقين فنفذ قضاؤه على البائع والآمر. وأما القسم الثاني: قال فلان شريكي مفاوضة أو قال أنا مفاوضه في الشركة فقال فلان صدق، أو أجل يصير مفاوضًا له وما في يد كل واحد منهما بينهما نصفان إلا الطعام والكسوة وأم الولد والمدبر؛ لأنه ثبتت المفاوضة بينهما بتصادقهما؛ لأن هذه الكلمات تستعمل للجواب وللتصديق والجواب يتضمن إعادة ما في الخطاب فصار كأنه قال صدقت، أما مفاوضات فصار كما لو ثبت المفاوضة بينهما بالمعاينة. أقر الذمي لمسلم

بمفاوضة وعلى عكسه جاز عند أبي يوسف؛ لأن عنده تصح المفاوضة بينهما فملك الإقرار بها، وعندهما: ما في أيديهما بينهما نصفان ولا يكونان متفاوضين؛ لأن عندهما لا تصح المفاوضة بينهما فيملك الإقرار بها، ولو أقر الحر والمكاتب بشركة عبد بأجر مفاوضة وصدقه العبد فما في أيديهما بينهما، ولا تثبت المفاوضة؛ لأن إنشاء المفاوضة من الحر والعبد لا يصح الإقرار بها، وتثبت بينهما شركة العباد؛ لأنه أقر بشركة الأملاك. أقر لصبي لا يتكلم بشركة المفاوضة وصدقه أبوه فما في يد الرجل بينهما ولا يكونان متفاوضين؛ لأنه لم تثبت الشركة بينهما مفاوضة ولا عنانا لفقد أهلية الصبي في التصرف ولكنه أقر له بنصف ما في يده فصح إقراره لجواز أنهما ورثا لو اشترى الأب معه فصار ما في يد المقر مشتركًا بينهما ولم يصر ما في يد الصبي مشتركًا؛ لأن تصديق الأب يصح فيما أقر للصبي ولا يصح فيما ادعى عليه. قال أنا شريك فلان في كل قليل وكثير فقال الآخر نعم فهما شريكان بمنزلة المتفاوضين إلا أنه لا يجوز إقرار أحدهما على الآخر بدين ووديعة؛ لأن ذلك من خاصية عقد المفاوضة وهما لم يقرا بالمفاوضة صريحًا والمفاوضة لا تثبت إلا بالتصريح بلفظهما وإنما أقرا بالشركة ولفظ الشركة يقتضي التسوية بينهما فيما في يد كل واحد منهما، وإنما تتحقق التسوية إذا صار ما في يد كل واحد منهما نصفين. قال الآخر أنت شريكي فقال أنا شريكك فيما في يدك غير مفاوضة ولست شريكي فيما في يدي كان القول للمقر له بعد أن يحلف أنه أقر أنه بنصف ما في يد نفسه وادعى نصف ما في يد المقر له وقد صدقه في إقراره وكذبه في دعواه فصح إقراره وبطلت دعواه بغير حجة قال أنت شريكي في التجارات فما في يديهما من متاع التجارات بينهما وكذلك الدراهم والدنانير، ولا يدخل المسكن والخادم والكسوة والطعام؛ لأنهما خصّا الشركة في مال التجارة فلا تثبت الشركة فيما ليس للتجارة والأموال المشغولة بالحاجة مترددة بين أن تكون للتجارة وبين أن تكون للعينة ولا تصير للتجارة إلا بالبينة وكانت مجملة وكان القول قوله: إنه ليس من التجارة. قال فلان شريكي، ثم قال في هذه الدار أو في تجارة الزطي فالقول له؛ لأنه أقر بالشركة ولم يبين المحل المشترك فكان البيان إليه؛ ولأن الشركة يتحقق في

شيء واحد فيثبت القدر المتيقن به والقول قوله في إنكار الزيادة عليه. قال هو شريكي فيما في هذا الحانوت، ثم قال أدخلت العدل الزطي في الحانوت بعد الإقرار لا يصدق وهو على الشركة وفي رواية يقبل قوله؛ لأنهما تنازعا في أن هذا المتاع هل كان موجودًا في الحانوت وقت الإقرار فيكون القول قول من ينكر الموجود فيه؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأن الإصابة حادثة، والأصل في الحوادث أنه يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر منها. وجه الرواية الأولى أنهما تنازعا في متاع في أيديهما؛ لأنه صار نصف ما في الحانوت ملكًا للمقر له بإقرار المقر فيصير نصف الحانوت مشغولا بملكه والمشغول بملك الإنسان يكون في يد الشاغل حكمًا فصار الحانوت في أيديهما فصار ما في الحانوت في أيديهما أيضًا فقد تنازعا في متاع في أيديهما فيكون بينهما، ومن أصحابنا من وفق بين الروايتين فقال إن كان الحانوت مغلقًا يوم الإقرار إلى يوم الفتح لا يقبل قوله. وإلا يقبل قوله. قال هو شريكي: في هذا الحانوت في عمل كذا، وكل شيء فيه من عمل أو متاع ذلك العمل فهو بينهما؛ لأنه أقر له بالشركة بالحانوت وفيما فيه وذكر العمل ليفسد الإقرار بمتاع ذلك العمل فما كان في الحانوت من متاع ذلك العمل قد تناوله إقراره.

ولو قال: هو شريكي في الطحن وفي يده متاع الطحن فلا شيء للمقر له من ذلك؛ لأن الطحن اسم للعمل دون الآلات وليس من ضرورة كونه شريكًا في العمل الشركة في الآلات. قال شريكي: في كل ما اشتريت من زطي وفي يده عدلًا فقال اشتريت أحدهما وورثت الآخر فالقول له؛ لأنه خص الشركة بمال موصوف بكونه مشترٍ ولم يعلم كونه مشترٍ إلا بقوله.

ولو قال: هو شريكي في كل زطي قدم لي من الأهواز أمس ثم أقر أن عدلين قدما وقال أحدهما بضاعة فكلهما على الشركة؛ لأنه أقر بالشركة في عدل زطي موصوف؛ لأنه قدم وقد أقر بثبوت هذه الصفة في الكل فتناولها الإقرار، فإذا قال أحدهما بضاعة فقد أقر لغيره بالبضاعة بعدما ثبتت الشركة فيه بينهما فلا يصح إقراره إلا في نصيبه فيدفع نصيبه إلى المقر له بالبضاعة ويضمن له نصف قيمته. هذا العدل إذا دفع النصف إلى شريكه بغير قضاء كما عرف. قال فلان: شريكي في كل

تجارة وصدقه الآخر ثم مات أحدهما عن مال فقال ورثته هذا مال استفاده لا من الشركة فالقول لهم.

وإن أقروا أنه كان في يده يوم أقر فهو من الشركة كالمورث لو ادعى هذا في حياته فالقول له فكذا الذي قام مقامه، وكذلك صك له بمال إن كان تاريخه قبل إقراره بالشركة فهو من الشركة وبعده فالقول لهم مع يمينهم؛ لأنهم أنكروا وجود هذا المال يوم الإقرار وتاريخ الصك يشهد لهم فكان الظاهر شاهدًا لهم وحاجتهم إلى دفع استحقاق المقر له والظاهر يكفي لهذا. عبد في يد شريكين أقرَّا أنه من الشركة ثم أقر أحدهما أنه وديعة لآخر تصدق على حصته ولا يضمن من نصيب صاحبه شيئًا؛ لأن ذلك لم يكن في يده قط والمودع لا يضمن ما لم تصل يده إليه؛ لأنه لا يكون ملتزمًا لحفظه وما كان في يده وهو النصف فقد سلم إلى المقر له. قال فلان شريكي في الدين الذي على فلان فقال المقر له أنت آذنته ولم آذن لك ولا شركة بيننا، فإن كان المقر باع المبيع فهو ضامن لنصف قيمته؛ لأن إقراره بالشركة بينهما في الثمن إقرار منه أن الأصل كان مشتركًا بينهما، فإن الثمن يملك بملك الأصل وقد ثبت منه فعل موجب للضمان وهو بيعه نصيب صاحبه وتسليمه إلى المشتري، وإن لم يكن في الصك بيع متاع فالقول له؛ لأنه لم يقر بفعل موجب للضمان عليه وليس من ضرورة كون الدين مشتركًا بينهما بيعه نصيب صاحبه بغير إذنه؛ لأن الشركة في الدين تثبت بدون انفراده بالبيع بأن باعاه جميعًا.

(فصل)

أقر المضارب بدين أو أجرة في مال المضاربة تقبل، وإن أنكر رب المال بخلاف شريك العنان لو أقر بدين على شريكه لا يجب، والفرق أن في المضاربة المال في يد المضارب، ولهذا لو ادعاه لنفسه صح، فإذا أقر لغيره فيه بحق صح، ولأنه مسلط على التصرف فيما في يده فنفذ إقراره فيه بالحق وهذا كالوكيل بالشراء دفع إليه الثمن فقال اشتريت وهلكت السلعة عندي يصدق فكذا هذا، وفي المال المشترك نصفه في يد شريكه فلم يصح إقراره بالحق فيما في يد غيره وصار

كالوكيل بالشراء لم يدفع إليه الثمن لم يصدق في دعوى الشراء وهلاك السلعة عنده؛ لأنه يدعي دينًا على الموكل فكذا هذا. ولو دفع المضارب شيئًا إلى رب المال وقال هذا من رأس مالك ثم أقر ببعض ما ذكرنا من الدين لم يصدق؛ لأنه لم يبق مسلطا على التصرف فيما قبضه رب المال؛ لأن حكم المضاربة قد انتهى فيه فلا يصح إقراره فيه ولأنه مناقض في كلامه؛ لأن قوله هذا من رأس المال دليل على خلوه عن الدين؛ لأن رأس المال إكمال يكون بعد قضاء الدين وفراغه عنه، فإذا قال فيه دين فقد تناقض في كلامه فلم يصدق وأقر المضارب بربح ألف، ثم قال إنما هو خمسمائة لم يصدق؛ لأنه رجع عن بعض ما أقر به فصار ضامنًا؛ لأنه أمين في الربح أقر بالأمانة ثم جحدها فيضمن ذلك بالجحود كالمودع. عبد في يده ثم قال هو مضاربة لفلان معي بالنصف ثم باعه بألفين وقال كان رأس المال ألفان، وقال رب العبد دفعت إليك العبد بعينه مضاربة، فالمضاربة فاسدة وللآخر المثل والثمن كله لي والقول لرب المال، فإن المضارب ادعى الشركة في الربح باعتبار أن المضاربة كانت صحيحة ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله، ولأن المضارب بقوله هو مضاربة لفلان معي أو تملك لعبد له، فإن اللام للتمليك فيثبت الملك في العبد لرب المال بإقراره والثمن تملك بملك الأصل، فإذا ادعى المضارب لنفسه جزءًا منه لا يقبل قوله إلا بحجة وكان الثمن كله لرب المال وعليه للمضارب أجر مثله؛ لأنه استوفى منفعته بعقد فاسد قال هذا المال مضاربة لفلان، ثم قال هو لفلان وادعى كل واحد منهما أنه له مضاربة بالنصف ثم عمل المضارب فربح يدفع إلى الأول نصف الربح ويضمن للآخر نصف رأس ماله ولا يضمن من الربح شيئًا عند أبي يوسف، وعند محمد: يتصدق بكل الربح ويضمن لِكلٍّ مثل رأس المال؛ لأنه بإقراره بالمضاربة لكل واحد منهما صار جاحدا مضاربة الآخر والمضاربة تنفسخ بجحود أحدهما؛ لأنها تنفسخ بفسخ أحدهما فانفسخت المضاربة في حق كل واحد بالجحود والمال أمانة فصح أنه صار غاصبًا بالجحود، لأبي يوسف أن إقراره للأول صح فتثبت المضاربة بينهما وإقراره للثاني لم يصح؛ لأنه أقر بملك الأول للثاني فلم يفسخ المضاربة بينه وبين الأول ضمنًا لإقراره للأول؛ لأنه إذا لم يصح إقراره

للثاني لم يثبت ما في ضمنه وهو الجحود وكان الربح بينهما على الشرط وضمن المال للثاني؛ لأنه استهلكه بدفعه إلى الأول ولعمله أقر أن هذا المال مضاربة لفلان وفلان فصدقاه، ثم قال بعده: لأحدهما الثلثان لك وللآخر الثلث لم يصدّق إلا إذا وصل كلامه؛ لأنه أشرك بينهما وظاهر الشركة تقتضي التسوية بينهما فكان بيانه معبرا لمقتضى كلامه. أقر المضاربان بمال لفلان له مضاربة فصدقهما ثم أقر لأحدهما بثلث الربح وللآخر بربعه يقبل قوله؛ لأن الربح يستفاد ويستوجب بشرطه فكان القول قوله في بيان شرطه، ألا ترى لو أنكر شرط الربح أصلًا قبل قوله فكذا هذا. أقر بمضاربة لرجل ولم يسمها فالقول قوله فيما سمى ولورثته إن توفي؛ لأنه أقر بالمال وأجمل المقدار فيقبل بيانه وبيان من يقوم مقامه للمقدار.

(باب الإقرار بالنكاح والطلاق)

(المبسوط): رجل أقر بنكاح امرأة ثم جحده وصدقته المرأة في حياته أو بعد موته فالنكاح صحيح لازم ثابت؛ لأن النكاح ظهر في حقه بإقراره فلا يرتفع بجحوده؛ لأن جحوده رجوع والرجوع عن الإقرار لا يصح والمقَر به وهو النكاح لا يبطل بموته في حق بعض أحكامه كالنسب وحل غسل المرأة فالتصديق صادف نكاحًا قائمًا وصار كما لو أقر بشراء هذا العبد فمات المشتري ثم صدقه البائع صح؛ لأنه صدقه والإقرار قائم وإن أقرت المرأة بنكاح رجل ثم جحدت، فإن صدقها الزوج في حياتها فالنكاح لازم؛ لأن جحودها بعد الإقرار باطل، فإن صدقها بعد موتها لم يثبت النكاح عند أبي حنيفة خلافًا لهما؛ لأن النكاح لا يبطل بموتها في حق استحقاق المهر والميراث وكان النكاح قائمًا فصح تصديقه. له: أن بموتها فات محل حكم النكاح وهو الملك والحل فلا يتصور بقاء النكاح وحكمه بعد فوات محله وهذا لا يحل للزوج غسلها ومسها لانقطاع النكاح بموتها بخلاف ما بعد موته؛ لأن محل الملك والحل قائم وهو المرأة فجاز أن يبقى النكاح في بعض أحكامه يبقى محله، ولهذا بقي الفراش الثابت بالنكاح بعد موته حتى لو جاءت بولد ثبت النسب منه وحل لها غسله.

ولو قال لها: تزوجتك أمس، فقالت: لا، ثم قالت: بلى، وقال هو: لا، لزم النكاح؛ لأن النكاح لازم لا ينفسخ بجحود أحد الزوجين فصح تصديقهما بعد التكذيب وثبت النكاح بينهما ولا يعتبر إنكار الزوج النكاح بعد ثبوته بتصادقهما ولأن البيع لا يبطل بجحود أحد المتبايعين والنكاح أولى، ولو أقر أنه تزوجها أمس أو قال لها طلقتك أمس واستثنيت إن شاء الله أو قلتُ إن شاء الله ووصل وقالت هي استثنيت لم يلزمه النكاح ولم يقع الطلاق؛ لأنه لم يقر بالعقد؛ لأن الاستثناء يمنع كون الكلام إيجابًا وإيقاعًا كتعليق العقد والطلاق بالشرط يمنع انعقاده ما لم يوجد الشرط.

ولو قال لامرأته: ألم أتزوجك أمس؟ أو: أليس قد تزوجتك؟ أو: أما تزوجتك أمس؟ فقالت: لا، فهو إقرار بنكاح؛ لأن الاستفهام بحرف الحجة إثبات؛ لأن الخطاب المتقدم يصير مُعادًا في الجواب المتأخر لما عرف.

(فصل)

امرأة قالت لرجل: طلقني، أو اخلعني، أو أنت مولي مني، أو مظاهر يكون إقرارًا بالنكاح؛ لأنها التمست ما لا يصح إلا بعد النكاح أو أخبرت عن أمر لا يصح، إلا بعد سابقة النكاح فاقتضى الإقرار بذلك إقرارًا بالنكاح وصار كمجهول النسب إذا قال لآخر: أعتقني أو كاتبني كان إقرارًا منه بالرق دلالة.

وكذلك لو قال الرجل لامرأته: أنت طالق فهو إقرار بنكاح؛ لأن التطليق يستدعي تقدم النكاح؛ لأنه للفصل عن قيد النكاح فكان الإقدام على التطليق إقرارًا منه بالنكاح،

ولو قال: والله لا أقربك لا يكون إقرارًا بالنكاح؛ لأن ذلك حلف والحلف لا يختص بالنكاح، فإنه يصح بدونه، فإنه لو قال لأجنبية: والله لا أقربك كان الحلف صحيحًا ولأنه كلام محتمل فعله منع نفسه من قربانها لعدم الملك عليها ولعله قصد الإضرار بها والمحتمل لا يكون حجة بخلاف قوله أنا منك مولي، فإن مولي اسم مشتق من الإيلاء شرعًا عبارة عن تصرف لا يصح إلا في النكاح، وكذلك لو

قال أنت عليّ حرام أو بائن أو بتّة إلا أن يكون قاله في جواب سؤال الطلاق؛ لأنه وصفه بالحرمة والبينونة وموجب النكاح ضده وهو الحل والوصلة فقد نفى موجب العقد بينهما ونفي موجب العقد لا يكون إقرارًا بالعقد بل يكون نفيًا له إلا أن تقول له طلقني فقال لها أنت عليّ حرام أو بائنة؛ لأن هذه الألفاظ عند مذاكرة الطلاق متعينة للتطليق، ولهذا لا يحتاج فيها إلى النية.

ولو قال لها: أنا منك مظاهر فهو إقرار منه بنكاح؛ لأن الظهار لا يصح إلا في النكاح، فإنه لو قال لأجنبية: ظاهرتك لا يصح.

ولو قال: أنت عليّ كظهر أمي لا يكون إقرارًا؛ لأنه شبهها في الحرمة بظهر الأم وهذا التشبيه صحيح من غير نكاح، فإن الأجنبية حرام عليه كظهر الأم فلم يتضمن ذلك إقرارًا بالنكاح.

ولو قال لها: لم أطلقك أو هل طلقتك؟ كان إقرارًا بالنكاح؛ لأنه استفهم عن إيقاع الطلاق أنه هل أوقع الطلاق عليها أم لا؟ والاستفهام عما لا يتصور لا يصح فاقتضاء الاستفهام عن إيقاع الطلاق يتصور إيقاع الطلاق عليها فدل ذلك أنه كان مالكا للإيقاع ولا يملك إيقاع الطلاق عليها إلا في النكاح بخلاف ما لو قال: هل أقرضتني؟ لا يكون إقرارًا بالإقراض؛ لأن الاستفهام عن وجود الشيء لا يقتضي ثبوته بل يقتضي تصوره؛ لأنه شك في إيقاعه فالاستفهام عن الإقراض يقتضي تصوره لا وجوده وثبوته فكذلك الإقرار يتصور إيقاع الطلاق ويقتضي كونه مالكا له فيكون إقرارًا بالنكاح ولا يكون إقرارًا بالطلاق.

ولو قال: هذا ابني منك وهي حرة فقالت نعم فهو إقرار بالنكاح؛ لأن النسب لا يثبت إلا بالفراش والفراش لا يثبت على الحرة إلا بالنكاح فيحمل على النكاح الصحيح حملًا لأمره على الصلاح.

(باب الإقرار بالبراءة وغيرها)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في البراءة الصريحة.

والثاني: في نفي الحق دليلًا.

والثالث: في رد الإقرار.

(فصل)

قال: هو بريء من مال عليه يتناول الديون؛ لأن كلمة عليّ لا تستعمل إلا في الديون فلا يدخل تحتها الأمانات.

ولو قال: من مالي عنده يتناول الأمانات دون المضمونات؛ لأن كلمة عند تستعمل في الأمانات لا في المضمونات، ألا ترى لو قال: لفلان عندي ألف درهم كان إقرارًا بالأمانة والبراءة عن الأعيان بالإسقاط والإبراء باطلة، حتى لو قال: أبرأتك عن هذه العين لا يصح؛ لأن العين لا تقبل الإسقاط، فأما ثبوت البراءة عن الأعيان بالنفي من الأصل أو بردّ العين إلى صاحبه صحيح، حتى لو قال: لا ملك لي في هذه العين ثم ادعاه أنها له لم تصح دعواه وقوله هو بريء من مالي، عنده إخبار عن ثبوت البراءة وليس بإنشاء للإبراء فيحصل على سبب تصور البراءة بذلك وهو النفي من الأصل والرد إلى صاحبه تصحيحًا لتصرفه.

ولو قال: بريء مما لي قبله برئ عن الضمان والأمانة؛ لأن كلمة قبل تستعمل في الأمانات والمضمونات ولا يدخل الدرك والعيب، فيه نص عليه في بيوع الأصل والجامع ولا تستعمل في البراءة عن الحقوق، فإذا ادعى الطالب تعدد ذلك حقًا لن تقبل بينته عليه حتى يشهدوا أنه بعد البراءة ويؤقتوا وقتًا بعدها؛ لأنه بهذا اللفظ استفاد البراءة على نعت العموم والعمل بالعموم واجب حتى يقوم دليل الخصوص فيثبت له البراءة على العموم، فإذا اتهم الشهود ولم يؤقتوا احتمل أن يكون هذا الحق قبل الإبراء فبرأ عنه بإبرائه واحتمل أن يكون بعده فلم يبرأ فوقع الشك في صحة الشهادة فلا يقضى بها مع الشك.

ولو قال: إنما برئ من قذفه إياي أي من موجبه ثم طلب بعده فله ذلك؛ لأن موجب القذف لا يسقط بالعفو، فإن الغالب فيه حق الله تعالى.

ولو قال: هو بريء من السرقة التي ادعيت قبله لا ضمان ولا قطع عليه؛ لأن

البراءة عن دعوى المال صحيحة وعن القطع لا تصح فبطلت دعواه في حق المال فلا يقطع لغير دعواه.

ولو قال: برئت من فلان أو برئ مني فلان يتناول نفي الموالاة لا البراءة عن الحقوق؛ لأنه أضاف البراءة إلى نفسه دون الحقوق التي عليه فلا يصير الحق مذكورًا به ألا ترى أن البراءة من نفس الغير تكون إظهارًا للعداوة والوحشة معه والبراءة من الحق الذي عليه ليكون إنعامًا عليه وإظهارًا للمحنة له.

ولو أقر أنه لا حق له قبل فلان يجوز وفلان بريء من كل قليل وكثير دين ووديعة وكفالة وحد وسرقة وقذف وغيرها؛ لأن قوله لا حق لي نكرة في النفي والنكرة في النفي نعم تتناول سائر أنواع الحقوق المالية وغير المالية ولفظ قبل يستعمل في العين والدين والمضمون والأمانة جميعًا يقال: قبل فلان كذا أي عنده مال عين ودين بخلاف ما لو قال: لفلان قبلي ألف تناول الدين دون العين؛ لأن الألف الواحدة لا تكون عينا ودينًا فرجحنا الدين؛ لأن استعمال الناس لفظ قبل في الدين أكثر وبينما هنا يجوز أن يكون المقر له بريئًا عن العين والدين جميعًا فأمكن العمل بعموم هذا اللفظ فحملنا لفظ قبل على عمومه ولفظ حق على عمومه.

وكذا لو قال فلان بريء من حقي برئ عن الحقوق كلها؛ لأنه جعله بريئًا عن حق واحد منكرًا ولا يتصور البراءة عن حق واحد منكرًا إلا بعد البراءة عن الكل فصار عامًا من هذا الوجه بخلاف قوله لفلان قبلي حق؛ لأن الحق مذكور في الإثبات لا في النفي وتصور ثبوت الحق الكل بدون ثبوت الكل كما يقال رأيت رجلًا يتناول رجلًا واحدًا فالخاص لا يجعل عامًا إلا بضرورة والضرورة في النفي، فإن نفي الأدنى لا يتصور إلا بنفي الكل لقوله ما رأيت رجلًا لا يتصور نفي رؤية الواحد إلا بنفي رؤية الكل فجعل الخاص عامًا في النفي للضرورة.

وإن أقر أنه لاحدّ له قبل فلان فله أن يدعي سرقة فيها قطع؛ لأنه إنما نفى حدًّا هو حقه وحد السرقة خالص حق الله تعالى لا حق للعبد فيه فلا يدخل في نفيه.

ولو قال: لا أرش له قبل فلان فليس له أن يدعي دية خطأ ولا صلحًا ولا كفالة بدية نفس؛ لأن اسم الأرش يتناول بدل الجناية على الآدمي وهذه الأشياء بدل

الجناية فدخلت تحت الإقرار، ولو قال لا جراحة لي قبل فلان يتناول الجراحة الخطأ والعمد جميعًا ولا يتناول القتل؛ لأن الجرح اسم خاص لما دون النفس ولا يتناول النفس؛ لأن الفعل في النفس إزهاق الروح وفيما دونها جناية على الجسم وبينهما مغايرة ومباينة.

(فصل)

ولو قال: لست من فلان في شيء يسمع دعواه المال، ولو قال: لست من الدار التي في يده في شيء لم تقبل دعواه والفرق أن هذا اللفظ في بني آدم يستعمل في نفي الموالاة والمناظرة والمودة والمحبة بينهما لا تستعمل في البراءة عن الحقوق، فإن اتصاله بفلان من حيث المحبة والمناظرة وهذا اللفظ إقرار منه؛ لأنه لا محبة ولا مناظرة بينهما، وفي غير الآدمي تستعمل هذه اللفظة للبراءة عن الحق والملك، فإن اتصاله بالدار من حيث ملك أو حق له فيها وانصرفت إلى البراءة عن الملك والحق.

ولو قال: أنا بريء من هذه الدار كان إقرارًا بأنه لا حق له فيها أن تبرئته عن العين يكون إقرارًا بانقطاع سبب اتصاله به وذلك بالملك أو الحق.

ولو قال: خرجت من هذه الدار لا يكون إقرارًا بالبراءة لأنه أخبر بالخروج من الدار، ولو عاينا خروجه عنها لم يكن موجبًا انتفاء حقه عنها فكذا إذا أخبر عنه.

ولو قال: خرجت منها على مائة درهم وقبضتها كان إقرارًا؛ لأن الخروج بعوض يراد به الخروج عن الدعوى وعن ملكه لا حقيقة الخروج عن الدار؛ لأن أخذ العوض لا يصح إلا إذا رأى خروجه عن الدعوى وملكه وكان إقرارًا بالصلح وكذلك الحيوان والعروض والديون نظيره لو قال لغيره: أبرئني من هذه الدار على كذا درهمًا كان إقرارًا.

ولو قال: أبرئني من هذه الدار فليس بإقرار، وإن أنكر ذو اليد ذلك وقال: هي لي وقد أخذت مني مائة درهم غصبًا كان القول قوله مع يمينه، فإذا حلف يسترد المائة ويكون المقر على خصومته؛ لأنه أقر بأخذ المال منه وادعى لأخذه سببًا وهو الصلح، فإذا أنكر صاحبه السبب فالقول له مع يمينه، فإذا حلف لم يسلم للمقر بدل الصلح فعاد حقه إلى المعوض.

قال: خرجت من هذا، وقال: خرج هذا العبد من يدي ثم ادعاه لا يقبل بخلاف ما لو قال: خرجت من هذه الدار وهذا البيت، والفرق أن الخروج نوعان: خروج بالبدن وخروج بالدعوى والملك، فإن أضاف الخروج إلى شيء يتحقق الخروج منه بالبدن كالدار والبيت وجب حمله على الخروج بالبدن اعتبارًا للحقيقة، وإن أضاف إلى شيء لا يتصور الخروج منه بالبدل كالحيوان والعروض ونحوها يحمل على الخروج منه بالدعوى والملك صونًا لكلامه عن اللغو وكان إبراء. وقيل هذا الجواب في قوله خرج من يدي غير صحيح؛ لأنه يمكنه أن يوفق فيقول هو ملكي وقد خرج من يدي بغصب أو بإعارتي منه والجواب عنه أن اليد عبارة عن الملك عرفًا يقال خرج عبد من يدي أي من ملكي فقد أقر بالخروج عن ملكه، ولو قال ليس لي مع فلان شيء كان برأه من كل أمانة؛ لأن مع للمقاربة والمقارنة والأمانة غير قائمة بتصور أن يكون بمقاربة وقرينة منه حقيقة بخلاف الدين؛ لأن ما في الذمة لا يكون مقارنا وقريبا من صاحبه.

(فصل)

قال: لفلان عليّ ألف، فقال فلان: مالي عليك شيء يرتد إقراره؛ لأنه كذبه في إقراره فلا يكون ملزمًا في حقه؛ لأن الكذب لا يكون حجة ولأنه بالرد صار مبرئًا له عما أقر به؛ لأن قوله ما لي عليك شيء يحتمل مالي عليك شيء لأنني أبرأتك ويحتمل ما كان لي عليك شيء في الماضي ومن ضرورة نفي حقه في الماضي نفي حقه في الحال، فإذا أعاد الإقرار فقال المقر له أجل يلزمه؛ لأنه كذبه في الإقرار الأول فبطل وانعدم وصدقه في الإقرار الثاني فاعتبر ولزم وانبرم؛ ولأنه يحتمل أن المال لم يكن واجبًا وقت الإقرار الأول فبطل بالتكذيب وانعدم وكان واجبًا وقت الإقرار الثاني ولزم بالتصديق وانبرم.

(المنتقى): بشر عن أبي يوسف: رجل قال لرجل أبرأتك مما لي عليك فقال الرجل مجيبًا له: فإن لك عليّ ألف درهم فقال الأول: صدقت، يبرأ منها استحسانًا؛ لأنه يجعل إخبارًا عن مال سابق لزمه لا إقرارًا مستأنفًا فيكون الإبراء لاحقًا تصحيحًا لإبرائه.

ولو قال: الألف التي لي على فلان هي لفلان وليست لي فقال فلان ما هي لي على فلان لا يبرأ من عليه المال.

ولو قال المقر له: ما لي على فلان شيء بريء منه؛ لأن قوله ما هذه الألف التي على فلان لي قد يستقيم أن يقول ليست لي إنما هي لغيري بضاعة كانت عندي، فأما قوله: ما لي على فلان شيء لم يضف المال إلى غيره بل نفى مطلقًا فبرئ مطلقًا.

ولو قال: لا دين لي على أحدهم ثم ادعى على رجل دينًا صح لاحتمال أنه وجب بعد الإقرار.

وفي نوادر ابن رستم عن محمد: لو قال: كل من لي عليه دين فهو بريء منه لا يبرأ غرماؤه من ديونه إلا أن يقصد رجلًا بعينه يقول هذا بريء مما لي عليه أو قبله فلان وهم يحصون، وكذلك لو قال: استوفيت جميع مالي على الناس من الدين لا يصح لما عرف في كتاب الهبة في باب هبة الدين.

ولو قال: مالي في دار فلان هذه حق ثم أقام البينة على حقه بميراث أو بسبب من غير صاحب اليد قبلت بينته استحسانًا إذا ادعى بعضها ثلثًا أو ربعًا ونحوه.

وذكر الخصاف في (أدب القاضي): رجل جاء بشاهدين على صك بألف درهم وجاء المطلوب بشاهدين بالبراءة عن ألف درهم ينظر إن كان كل واحد منهما مؤرخا وتاريخ البراءة بعد تاريخ الصك الذي بالمال يعمل بصك البراءة؛ لأن البراءة إنما تصح بعد سابقة وجوب المال، فإذا سبقه وجوب المال صحت، وإن كان تاريخ البراءة قبله نعمل بصك المال لا بصك البراءة؛ لأنه تأخر وجوب المال عن البراءة فلا تعمل تلك البراءة في هذا المال الذي ظهر في هذا الصك، وإن لم يكن لأحدهما تاريخ أو كان أحدهما مؤرخًا والآخر لا أو تاريخهما سواء فالبراءة أولى؛ لأن البراءة إنما تكتب لتكون حجة وإنما تكون حجة إذا صحت ولا صحة لها إلا بعد وجوب المال ويصرف العامل بحمل على الصحة فالظاهر أنها كانت بعد وجوب المال فثبت تأخير البراءة دلالة إقراره بالبراءة.

(باب الإقرار بالتلجئة)

(المبسوط): قال: لفلان عليه ألف تلجئة، أو قال: بعته المال تلجئة، وقال المقر له: لا بل حق، فالقول للمقر له.

وكذلك لو قال: لفلان عليّ ألف درهم باطلًا أو زورًا أو كذبًا؛ لأنه أقر أولًا بوجوب المال عليه؛ لأن حرف عليّ إيجاب في الذمة ثم قرر به ما يكون رجوعًا عما أقر به وهو التلجئة وغيرها؛ لأن دعوى التلجئة دعوى الكذب في إقراره بعدما ثبت صدقه ظاهرًا وهو أن الإنسان لا يقر بالكذب ظاهرًا فصح إقراره ولم يصح رجوعه بخلاف قوله بعت منك تلجئة، فإنه يثبت التلجئة؛ لأن رجوع البائع عن الإيجاب قبل قبول المشتري صحيح ورجوع المقر لا يصح.

وذكر في (المنتقى): لو قال لك عليّ ألف درهم حرام أو ربا فهي له لازمة لأني لا أدري لعل الحرام والربا عنده حلال وليس يربو. قال لآخر لا حق لي عليك فأشهد لي عليك بألف، فقال الآخر: نعم، فأشهد على ذلك لا يسع للشهود أن يشهدوا لأنهما اتفقا أنهما أخبرا عن كذب وزور وليس بحق واجب والمراد به الإشهاد بالزور والباطل وما ليس واجب لا يصير بالإشهاد واجبًا. قال الرجل لمرأة: أريد أن أشهد أني تزوجتك بألف تزويجا باطلًا وتلجئة فقالت المرأة نعم وسمع الشهود ذلك ثم أشهد أنه تزوجها بألف ورضيت فالنكاح جائز؛ لأن بالمواضعة السابقة تبين أن مقصودهما من هذا اللفظ إقرار العقد الهزل لا الجد والهزل والجد في النكاح سواء.

(باب الصبي والمعتوه والسكران والأخرس والإقرار لهم)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: في إقرارهم.

والثاني: في الإقرار لهم.

(فصل)

وإقرار الصبي المحجور عليه والمغمى عليه والنائم باطل بمنزلة سائر تصرفاتهم وإقرار السكران جائز كسائر تصرفاته إلا بالحدود الخالصة لله تعالى لتمكن الشبهة فيه لتزلزل عقله، وكذلك الأخرس إن كان يكتب ويعقل فهو جائز في المال والقصاص ولا يصح بالحدود؛ لأن الإشارة والكناية تقوم مقام العبارة عند الناس عن النطق والعبارة إحياء لحق العبد وصونًا له؛ لأنه قد يحتاج إلى المعاملة مع الناس فيصح إقراره بحقوق الناس والقصاص حق العبد فيجوز استبقاؤه بما هو بدل عن النطق وهو الكناية، ألا ترى أن من شهر سيفًا على إنسان ووقع في قلبه أنه يريد قتله حل له قتله بشهادة قلبه صونًا لنفسه عن الهلاك فكذا هذا بخلاف الحدود؛ لأن الحدود تُدْرَأُ بالشبهات فلعل في نفسه شبهة لا يمكنه إظهارها بإشارته إذ هو لا يقدر على إظهار كل شيء بإشارته، ولهذا لا يقام عليه الحدود بالبينة أيضًا؛ لأنا لو أقمنا هذان إقامة الحد مع الشبهة أقر الصبي التاجر في جميع تجارته وماله وتركة أبيه لغيره أو دين على أبيه جاز ويوجد من نصيبه أن أنكر شركاؤه؛ لأنه لو لم يجز إقراره انحسم توليه باب التجارة؛ لأنه يمتنع الناس عن مبايعته مخافة توي أموالهم لا يتعذر على كل من يعامله الإشهاد عليه لكل معاملة يديرونها بينهم، فإذا علم أن إقراره لا يصح يتحرز عن المعاملة معه فجوزنا إقراره في جميع أنواع التجارات للضرورة بخلاف إقرار الأب والوصي عليه لا يصح؛ لأن ذلك يكون شهادة لا إقرارًا وشهادة الفرد لا تقبل ولأنه لا ضرورة في تصحيح إقراره فبقي إقرارًا به.

وذكر الحسن في المجرد عن أبي حنيفة: أن إقراره فيما ورثه من أبيه لا يصح؛ لأن صحة إقراره فيما اكتسبه بتجارته لوقوع الحاجة إليه والموروث من أبيه ليس من تجارته فلا يصح إقراره فيها لفقد الحاجة كما لا يصح بالمهر. وجه ظاهر الرواية: أن تجارته لم تختص بكسبه بل تعم جميع الأموال الموروث والمكتسب، ولهذا يجوز بيعه الموروث ويملك إيجاب الحق فيه بتجارته بالبيع وغيره فيملك إيجاب الحق فيه بإقراره؛ لأن الإقرار من التجارة لوجود الحاجة والضرورة ولا يصح إقراره بالمهر والجناية والكفالة؛ لأن هذه الأشياء ليست من التجارة ولا مما يدخل في التجارة ضرورة فلا يدخل تحت إذن الولي وفك الحجر.

ولو قال: أقرضني أو أعارني أو وهبني الصبي ألف درهم يلزمه، وإن كان لا يتكلم ولا يعقل؛ لأنه يحتمل أن يكون الولي باشر هذا السبب فأضافه المقر إلى الصبي؛ لأن فعل النائب قد يضاف إلى المنوب عنه كما يقال بني فلان داره، وإن بناها أجراؤه بأمره فحملنا إقراره على هذا الاعتبار تصحيحًا له؛ ولأنه أقر بوجوب الدين بسبب فالسبب إن لم يثبت؛ لأنه لا يتصور من الصبي نفي الإقرار بالدين كما لو كذبه المقر له في السبب بأن قال لك عليّ ألف درهم غصبًا وقال المقر له لا بل دينًا يلزمه المال، وإن لم يثبت السبب فكذا هذا.

(فصل)

أقر لجنين بدين أو عين وبين سببًا صحيحًا بأن قال له: عليّ ألف درهم من جهة ميراث أو دية أو وصية أوصى له بها فاستهلكها يصح الإقرار؛ لأن الجنين يملك المال بالوصية والميراث فكان الإقرار صدر لمن يستحق المقر به فصح، وهذا لأن هذا الإقرار في الحقيقة للمورث والموصي وأن المال مبقٍ على حكم ملكه ما لم يصرف إلى وارثه أو إلى الموصى له والمورث والموصي من أهل الملك والإقرار له نظيره لو قال لدابة فلان عليّ ألف درهم أو أوصى لها بالعلف فاستهلكته يصح ويكون لصاحبها ثم إن ولدت ولدًا حيًا فالمقر به له، وإن ولدته ميتا فالمال مردود على ورثة الميت والموصي وإن جاءت بولدين أحدهما ذكر والآخر أنثى ففي الوصية يقسم بينهما نصفين في الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأن قول المقر في بيان السبب مقبول وهذا إذا وضعته لأقل من ستة أشهر منذ مات الموصي والمورث حي علم أنه كان موجودًا في ذلك الوقت، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر لم يستحق شيئًا إلا أن تكون المرأة معتدة فحينئذ إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين حتى حكم ثبوت النسب كان ذلك حكمًا فوجوده في البطن منذ مات الموصي والمورث، والوجه الثاني أن بين سببًا مستحيلًا بأن يقول عليّ ألف درهم ثمن بيع بايعته أو قرض أقرضته فهو باطل؛ لأن المبايعة والإقراض لا يتصور من الجنين ولا ولاية لأحد عليه حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافًا إليه فلم يكن الجنين أهلًا لاستحقاق الدين لهذا السبب فلغى الإقرار. والثالث: إذا

أقر له بمال مطلق لا يصح عند أبي يوسف، وعند محمد يصح؛ لأن كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن باعتبار عقله ودينه وهنا أمكنه الحمل على الصحة بوصية أو ميراث أو شيء استهلكه من ماله فلا يجوز إبطاله وإهماله ويجب اعتباره. لأبي يوسف: أن مطلق الإقرار بالمال محمول على الالتزام بالتجارة والمعاقدة دون الإتلاف؛ لأن دينه وعقله يمنعانه عن الاستهلاك ويدعوانه إلى المعاقدة وكلام العاقل يحمل على ما يليق بعقله ويقتضيه دينه ومتى حمل على المعاقدة دون الإتلاف بطل الإقرار؛ ولأن مطلق الإقرار بالمال إيجاب الحق للجنين ابتداء وهو ليس من أهل أن يجب الحق له ابتداء؛ لأن حياته من مظنة الشك والاحتمال فيقع الشك في أهليته لثبوت الحق له فلا يثبت بخلاف الإقرار بميراث أو وصية له؛ لأنه يكون إقرارًا للمورث والموصي ثم ينتقل إليه بسبب الإرث والوصية إن انفصل حيًّا كما لو قال لذاته فلان له عليّ ألف يكون إقرارًا لصاحبها.

(المنتقى): رجل قال أرضي هذه لولدي فلان وهو صغير فهذه هبة وإشهاده عليه قبض لها، ولو قال داري هذه لولدي الأصاغر فهي هبة وهي باطلة إذا لم يبين من هم؛ لأن المقر له مجهول؛ لأن أولاده الأصاغر مجهولة، وإن قال هذه الدار للأصاغر من ولدي فهو إقرار وهي لثلاثة من أصغرهم؛ لأن اسم الجمع يتناول الثالث والثلاثة معلومة، ولو قال لفلان ثلث دراهمي هذه كانت هبة، ولو قال ثلث هذه الدراهم كان إقرارًا؛ لأنه ما أضاف تلك الدراهم إلى نفسه بل أقر له بالشركة ابتداء وفي الأول أضاف الدراهم إلى نفسه فكان تمليكًا منه لدراهم نفسه فتكون هبة.

رجل أقام بينة أن أباه أقر أن هذه الدار له، ثم أقر أن أصل الدار كان لابنه يرد الدار إلى ورثة أبيه ويكلف البينة أنها وصلت إليه من قبل ابنه؛ لأن البينة قامت له على ملك مطلق ثم أقر بتلقي الملك من جهة ابنه فبطلت الدعوى الأولى فبطلت البينة.

(باب إقرار العبد المأذون)

(المبسوط): أصله أن العبد المأذون يتصرف بحكم فك الحجر لا بحكم النيابة

من المولى؛ لأن الإذن فك الحجر عنه فيما هو من عمل التجارة؛ لأن العبد أهل للتصرف بحكم الفطرة، وإنما الحجر عليه لاحتمال ضرر يلحق المولى به، فإذا أذن له بالتصرف ينفك الحجر عنه فبقي متصرفا بحكم الأصالة لا بحكم النيابة، ولهذا لا يرجع بالعهدة على المولى كالوكيل وكان كالإقرار بما دخل تحت الإذن بالتجارة كالحجر ويؤاخذ به للحال عندنا. حر مديون أقر بشيء لأجنبي جاز ولمولاه لا يجوز؛ لأن الإقرار بالمال من التجارة إذ التاجر لا يمكنه إحضار شاهدين في كل معاملة فدخل الإقرار في التجارة ضرورة والإذن فك الحجر فيما هو من عمل التجارة والمأذون كالحر فيما دخل تحت الإذن فإقراره بعد وجوب الدين كإقراره قبله بخلاف المولى؛ لأنه يخلف العبد في اكتسابه كالوارث مع مورثه وحق الغرماء تعلق بكسبه حتى يباع في دَينهم فيتضمن إقراره لمولاه إبطال حق الغرماء فلم يصح كما لا يصح إقرار المريض لوارثه حتى لو لم يكن على العبد دين يصح إقراره لمولاه؛ لأن له أن يأخذ كسبه منه من غير إقرار فمع الإقرار أولى، ولو أقر بكتابة أو تدبير أو كفالة أو مهر امرأة لم يجز؛ لأنه ليس بتجارة ولا توابعها وبالقصاص يجوز ويلزمه القود؛ لأن المستحق بالقصاص دمه وهو في حكم الدم مبقى على أصل الحرية، ولهذا لا يملك المولى الإقرار عليه بالقصاص وفيما لا يملكه المولى على عبده والعبد بمنزلة الحر، ولذلك يجوز إقراره بسرقته مستهلكة موجبة للقطع والجناية الموجبة للحد كالقذف والزنا وشرب الخمر؛ لأنه في حقوق الله تعالى مبقي على أصل الحرية لا يدخل تحت مملوكية المولى لتعلق مصالح الكلية بها ولا يصح إقراره بسرقة لا يجب في مثلها القطع؛ لأن هذا إقرار بالمال فحسب وإقرار المحجور بالمال باطل إلا أن يكون العبد مأذونا يصح إقراره بهذه السرقة كما يصح إقراره بالغصب ولا يصح إقراره بجناية موجبة للمال؛ لأن الإذن فك للحجر في التجارة وهذا ليس من التجارة؛ لأن ضمان الجناية مبادلة مال بما ليس بمال فبقي محجورا فيه. فإن أقر بافتضاض امرأة بإصبعه بغير نكاح لم يلزمه شيء عندهما، وعند أبي يوسف يلزمه ضمان الافتضاض إن كانت أمة وفي الحرة الكبيرة الطائعة لا يلزمه شيء وفي الحرة الصغيرة أو الكبيرة المكرهة عنه روايتان والأصح أنه لا

يلزمه شيء. له: أن الأمة بجميع أجزائها مال والعذرة جزء منها تزداد قيمتها بالبكارة، ولهذا يباع العبد في ضمان الافتضاض كما في ضمان الأموال، ولا يدفع به كما في الجناية على الأطراف فقد أقر بإتلاف مال موجب للضمان فيضمن بخلاف الحرة؛ لأنها ليست بمال حقيقة. لهما: أن المتلف جزء من أجزاء الآدمي والآدمي بأصل الفطرة ليس بمال إذ المالية تحل بالقيام بالتكاليف؛ ولأنه ولد آدم وحواء فكانت الحرية فيه أصلًا، ولهذا لو أقر العبد بقطع يد عبد أو أمة لا يصح؛ لأن أطراف العبد ليست بمال؛ لأن الأطراف إذا قصدت بالإتلاف كان المعتبر فيها النفسية دون المالية كما في ضمان قتله إلا أن منافع أجزائه صارت ملحقة بالأموال حتى تستحق وتملك بالعقد فمن حيث إنه مال يباع العبد فيه إذا ثبت الافتضاض بالبينة، ومن حيث إنه ليس بمال لا يصح إقرار العبد به، إذ العبد لا يواخذ بضمان ما ليس بمال حقيقة وقيل عند أبي حنيفة إذا ثبت الافتضاض بالبينة دفع العبد به كما في سائر الجنايات وإن أقر بالنكاح وأنه افتضّها بالوطئ لا يلزمه مهر عندهما حتى يعتق، وعند أبي يوسف لا يلزمه للحرة ويلزمه للأمة إن لم يكن المولى زوجها، وإن كان المولى زوجها لم يلزمه حتى يعتق؛ لأن المهر وجب بالنكاح والنكاح ليس بتجارة فلا يصح إقرار العبد بالمهر في حال الرق للمولى إلا أن المولى لما كان زوجها صار راضيًا بتأخير ضمان العذرة والمتلف بالافتضاض من الأمة في حكم المال وإقرار العبد المأذون بإتلاف مال مملوك للمولى صحيح في إيجاب الضمان عليه فلزمه المهر هنا بالإتلاف دون العقد، وإن كان ذهب بها من منزل مولاها وهي بكر فمولاها بالخيار إن شاء ضمنه العذرة بالغصب اتفاقا؛ لأنه بالذهاب بها صار غاصبًا لها بجميع أجزائها والعذرة جزء من أجزائها فصارت مغصوبة بغصب الأمة وقد عجز عن ردها بالافتضاض فيضمن للحال كما لو فاتت العذرة في يده بآفة سماوية ضمنها بالغصب، فإذا فوتها بالوطئ أولى أن يضمن بالغصب، وإن شاء ضمنه بالوطء بعد العتق عندهما، وعند أبي يوسف للحال؛ لأن في الوطئ وجوب المهر باعتبار العقد فلا يؤاخذ المأذون به للحال عندهما وعنده باعتبار إتلاف العذرة، وإن كانت ثيبًا فلا شيء عليه في الوجهين؛ لأن المستوفى بالوطئ منافع

البضع وهي ليست بمال ولا جزء من المال، ولو أقر بافتضاض الأمة المشتراه ثم استحقت يلزمه العقر؛ لأن الافتضاض ترتب على سبب هو تجارة وهو البيع لولاه لوجب عليه الحد دون المهر فكان الضمان الواجب بسبب التجارة من جنس ضمان التجارة فتواجد به للحال كالثمن بخلاف ما تقدم؛ لأن السبب هناك النكاح والنكاح ليس بتجارة. أقر بإذهاب عذرة أمة بشبهة فأفضاها بغير إذن مولاها لا يلزمه شيء عندهما وفي رواية أبي حفص عن أبي يوسف وفي رواية أبي سليمان عنه كذلك إذا كان لا يستمسك البول؛ لأن الاقتضاء بهذه الصفة يوجب كمال الديّة في الحرة دون المهر فيكون إقرار بضمان الجناية فلا يصح من العبد، وإن كانت تستمسك يصدق في المهر دون الإفضاء بهذه الصفة. عنده في الحرة يوجب ثلث الديّة والمهر فيصح إقرار العبد به في حق المهر وضمان الافضاء ضمان جناية يدفع به العبد ويجب مؤجلا على الحر ولا يؤخذ به العبد للحال فكذلك المكاتب في هذه الفصول.

(باب الإقرار بالرق)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: في الإقرار بالرق.

والثاني: في الإقرار بأموميّة الولد والتدبير والكتابة.

(فصل)

مجهول النسب أقر أنه عبد فلان صح؛ لأنه مجهول الحال في الرق والحرية وهو عاقل مميز من أهل الاختيار، فالظاهر أنه صادق في الإقرار. إذ العاقل لا يقر على نفسه كذبًا وزورًا، وكذلك صبي عاقل مجهول النسب أقر بالرق لغيره صح إقراره؛ لأن إقراره لم يتضمن إبطال الحرية؛ لأنها غير ثابتة بحجة مبينة لكونه مستور الحال بل يكون ثباتا وإظهارًا أنه كان رفيقًا على أصل الفطرة وإظهار الحال وكشفه يصح من الصبي العاقل، إذ صحة الكلام تنبني على المعرفة والتمييز وقد وجد رجل أعتق عبدًا له ثم أقر أنه عبد فلان وصدقه فلان يصير رقيقًا إذا لم يحكم القاضي بعتقه لأنهما تصادقا على العتق إنه باطل وإنه لم يزل رقيقا بخلاف ما إذا أقر بعدما

قضى القاضي بعتقه لا يصح لا يتضمن إبطال الحرية الثابتة بحجة موجبة وهو لا يملك إبطالها لما يتعلق لها من حق الله تعالى.

ولو قال لآخر: أنا عبد لك، فقال: لا، ثم قال: بلى، يكون عبدًا له؛ لأن إقراره لم يبطل بالتكذيب؛ لأن احتمال الصدق بعد التكذيب قائم كما كان قبل التكذيب فبقي إقراره على حاله، فإذا اتصل به التصديق نفذ ولم يعتق لهذا القول؛ لأن إنكار الملك لا يكون إعتاقا من المالك، فإنه لو قال ما ملكت هذا العبد لا يعتق. عبد في يد رجل فقال ذو اليد لآخر هو عبدك فقال لا، ثم قال هو عبدي، فقال ذو اليد: عبدي، يكون لذي اليد؛ لأن ذا اليد أقر بالملك له، فإذا كذبه في إقراره فقد رده على ملكه؛ لأنه كان ملكًا للمقر باعتبار الظاهر، فإذا كذبه في ذلك بقي على ملك المقر كما كان فبطل إقراره لعدم إضراره عليه فلا يصح التصديق لانعدام الإقرار وسكوت العبد عند تصرف المولى فيه هل يكون إقرارًا بالرق. له: ينظر إن كان تصرفًا يشترك فيه الحر والمملوك كالإجارة والنكاح والخدمة لا يكون إقرارًا بالرق؛ لأن الانقياد لمثل هذا التصرف لا يكون دلالة الإقرار بالرق؛ لأنه كما ينقاد ويستسلم المملوك لمثل هذا التصرف كذلك الحر ينقاد أيضًا وإن كان تصرفًا يختص به المملوك كالبيع والتسليم والهبة والرهن مع القبض ودفعه بالجناية فالسكوت عن الرد عنده يكون إقرارًا بالرق؛ لأن الانقياد لمثل هذا التصرف إقرار بالرق دلالة؛ لأن الحر لا ينقاد لهذا التصرف وإنما ينقاد له الرقيق.

وسكوت العبد على سوم البيع لا يكون إقرارًا بالرق؛ لأن هذا التصرف لا يختص بالأرقاء؛ لأن هذا قد يفعل بالحر؛ لأنه لا يقدر على دفع ذلك عن نفسه.

وإن باعه ولم يسلم وهو ساكت قيل يكون إقرارًا؛ لأن البيع تصرف مختص بالمماليك والانقياد له يكون إقرارًا بالرق دلالة.

وقال المتأخرون من أصحابنا: لا يكون إقرارًا بالرق؛ لأن الإنسان قد يباع ويعرض على البيع وهو لا يعلم به وهذا مما لا يقدر الحر على دفعه عن نفسه فلا يكون ذلك دليل الإقرار بالرق.

رجل قدم من بلد ومعه صبيان ونساء يخدمونه فقال: إنهم مماليك وادعوا حرية الأصل فالقول لهم، وإن كان حبشيًا أو هنديًا؛ لأن الخدمة لا تدل على الرق؛ لأنها لا يختص بها الأرقاء فلا يكون سكوتهم عن الخدمة إقرارًا بالرق.

مجهول النسب له أمهات أولاد وأولاد أولاد أقر بالرق على نفسه يصح في حق نفسه وماله دون أولاده وأمهاتهم ومكاتبيه ومدبريه وهذا إذا كان الولد يعبر عن نفسه لأنهم في أيدي أنفسهم فلا ينفذ إقرار غيرهم عليهم، وإن كان لا يعبر ينفذ إقراره عليه.

(فصل)

أمة في يد رجل قالت: أنا أم ولد لفلان أو مدبرته أو مكاتبته وصدقها فلان، وقال ذو اليد: بل أنت أَمتي، فالقول لذي اليد في أم الولد والمدبرة.

وكذلك المكاتبة عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: إن صدقها المقر له فله استحسانًا؛ لأنها منكرة ثبوت اليد على نفسها؛ لأن المكاتبة والمعتقة في يد نفسها فيكون القول لها كما لو ادعت أنها حرة الأصل.

(لهما): أنها أقرت ثبوت يد ذي اليد على نفسها؛ لأنها أقرت بالرق لما ادعت الاستيلاد والتدبير والكتابة فيصير الإقرار بالرد إقرارًا بثبوت يد ذي اليد عليها حتى لو أقرت أنها أمة لفلان كان القول لذي اليد مقتضى الإقرار بالرد، فإذا ادعت زوال يده عنها لا يصدق إلا ببينة كما لو ادعت هذه الأشياء من جهة ذي اليد.

ولو قال ذو اليد: أنت أمتي، وهي تقول: أنا أمة لفلان، فالقول لذي اليد بالإجماع.

غلام قال: أنا ابن فلان وأمي أم ولد له، وصدقه المقر له، فقال ذو اليد: أنتما مملوكان ليجعل ابن المدعِي حرًّا استحسانًا.

ولو قال الغلام لذي اليد: أنا ابنك ابن أم ولدك هذه وكذبه المولى جعلته حرًّا عندهما، وعند أبي حنيفة يكون عبدًا له.

(لهما): أن الابن لم يصر مقرًّا برق نفسه؛ لأنه ليس من ضرورة ثبوت الرق في الأم حالة الولادة أن يكون الولد رقيقًا حالة الولادة، فإنه يجوز أن تكون الأم رقيقة حالة الولادة والولد حر الأصل كولد المغرور وما لم يصر مقرًّا برق نفسه لا يصير مقرًّا بثبوت يد ذي اليد عليه بل يكون منكرًا له فلا يكون له.

(له): أنه أقر بثبوت يد ذي اليد على نفسه؛ لأنه أقر برق أمه حال ولادته؛ لأنه قال أنا ابن فلان وأمي أم ولد له أي أمي صارت أم ولد له بولادتي؛ لأنه لم يعرف لهذه الجارية ولد إلا هو فيكون مقرًا برق أمه حال ولادته، ورق الأم حال ولادة الولد سبب لرق الولد لا يعارض وهو أن يكون الولد من الحر المغرور أو من المولى فلا يصدق متى أقر بثبوت يد المولى عليه.

(باب إقرار المرأة بالرق وهي تحت زوج، أو الرجل يقر بالرق وقد أعتق عبداً)

(المبسوط) فيه فصلان:

أحدهما: في إقرار الزوجة بالرق.

والثاني: في إقرار الزوج بالرق.

(فصل)

أصله: أن ضرر إقرارها متى تعدى إلى زوجها ينظر إن كان ضررًا يمكن الزوج دفعه وتداركه وتلافيه تكون مقرة على نفسها وعلى زوجها؛ لأنه متى أمكنه دفع الضرر وتداركه وتلافيه ولم يدفعه يكون الضرر مضافًا إلى تفريط الزوج لا إلى إقرارها؛ لأن تفريط الزوج آخر الأمرين وجودًا فيضاف بالضرر عليه، وإن كان ضررًا لا يمكن الزوج دفعه وتداركه وتلافيه يكون الضرر مضافًا إلى إقرارها إذ لولا إقرارها لم يلحقه الضرر فتكون مقرة على زوجها وإقرارها على نفسها حجة وعلى زوجها؛ لأن مجهولة النسب تزوجت ثم أقرت بالملك لرجل جعلتها أمة ولا يفسد النكاح؛ لأنها أقرت على نفسها بالرق على زوجها بفساد النكاح وضرر الرق يحصنها وضرر فساد النكاح يتعدى إلى زوجها ولا يمكن للزوج دفع هذا الضرر وتداركه وتلافيه فكانت مقرة على زوجها فلا يصدق فيه على زوجها فبقيت في حق جواز النكاح كحرة معروفة وفي حق التصرفات المختصة بالملك كأمة معروفة. كما لو أعتق عبدًا ثم أقر أنه غصبه من فلان يصح إقراره في حق إيجاب الضمان على نفسه ولم يصح في حق إبطال حرية العبد بخلاف ما لو أقرت أنها بنت ابن زوجها

وصدقها الأب يفسد النكاح، والفرق أن بيان النسب لا ينفك عن فساد النكاح المحرم والنسب متى ثبت لا يحتمل الانتفاض فيحكم بفساد النكاح ضرورة، فأما ليس من ضرورة الرق فساد النكاح؛ لأن النكاح مع الرق يجتمعان، فإنه لو تزوجها بإذن المقر له جاز والإقرار حجة قاصرة غير متعدية فيثبت الرق في حقها دون حق الزوج، ونظير هذه ما لو أقرت أنها قبلت ابن زوجها وكذبها الزوج لا يفسد النكاح؛ لأن إقرارها بحرمة المصاهرة لا في خالص حق الزوج وهو ثبوت الحرمة فلم يصح في حقه فأما الإقرار بالنسب لا في حقهما، فإن للنسب أحكاما سوى فساد النكاح وهو النفقة وغيرها فيصح فيما هو حقها لا فيما هو حق للزوج، فإن أعطاها الزوج المهر قبل إقرارها وبعد إقرارها لم يبرأ؛ لأنها صارت أمة للمقر له وصار المهر ملكًا له وما ولدت قبله أو بعده لأقل من ستة أشهر فهو حر، فإن ولدت لأكثر فعند أبي يوسف: عبد، وعند محمد: حر. له: أن الزوج استحق عليها حرية الأولاد لا يجوز أن يبطل الاستحقاق بإقرارها؛ لأن ضرر ذلك يتعدى إلى الزوج والولد ضررًا لا يمكن الزوج دفعه إلا بضرر يلحقه وهو أن يمتنع عن وطئها حتى لا يرق ماؤه وإن وطئها تعزل في وطئها فيتمكن في الوطء نوع نقصان فلا يمكن للزوج دفع الرق عن مائه إلا بضرر يلحقه ولا تصدق في ذلك، لأبي يوسف أنه لا يستحق عليها إلا ملك الوطء أما حرية الأولاد غير مستحقة عليها بل إن كانت حرة فالأولاد أحرار، وإن كانت أمة فالأولاد أرقاء ولأن هذا ضررًا يمكن الزوج دفعه وتداركه بأن لا يطأها وإن وطئها يعزل عنها، فإذا لم يفعل ووطئها مع علمه بكونها رقيقة فهو الذي رضي برقّ مائه وكان هذا ضررًا يلحقه بتفريطه ولا يعتبر. وطلاقها ثنتان وعدتها حيضتان بالإجماع؛ لأنها صارت أمة وهذا حكم يخصها، فإن كان طلقها قبل إقرارها ثنتين تملك الرجعة وله عليها الثالثة؛ لأنه لو لم يملك الرجعة لنفذ إقرارها عليه وذلك ضرر به.

فإن أعتقها المقر له فلا خيار لها؛ لأن ضرر ذلك يتعدى إلى الزوج فلم يثبت الرق في حق ثبوت الخيار لها، وإن كان الزوج آلى منها فأقرت بالرق قبل أن ينقضي شهرين فإيلاؤها أربعة أشهر؛ لأنها متى تغيرت مدة الإيلاء بإقرارها يتعدى

ضرره إلى الزوج فتجعل في حق مدة الإيلاء حرة معروفة فإذا مضى شهر ثم أقرت بالرق فإيلاؤها شهران حتى إذا مضى شهر آخر بانت منه؛ لأن ذلك ضرر يمكن الزوج دفعه وتداركه بأن يفيئ إليها في الشهر الثاني حتى لا تبين منه بمضي شهرين فيصح إقرارها في حقه وتجعل في ذلك كأمة معروفة.

(فصل)

(**الزيادات**): ولو طلقها الزوج تطليقتين وهو لا يعلم بإقرارها يملك عليها الرجعة ولو علم لا يملك.

وذكر في (**الجامع**): لا يملك علم أو لا يعلم قبل ما ذكر في (الجامع) قياس وما ذكر في (الزيادات) استحسان وهو الصحيح، وكذلك لو وكل رجل أن يطلقها ثنتين ثم أقرت بالرق فعلم الزوج به ولم يعلم الوكيل حتى طلقها ثنتين بانت منه، وإن لم يعلم وإن علم ولا يقدر على عزل الوكيل يملك مراجعتها، وجه القياس: أن هذا جهل بحكم السبب بعد وجوده؛ لأن سبب البينونة قد وجد وهو مضي مدة إيلاء الأمة إلا أنه جهل بحكمه والجهل بحكم السبب في دار الإسلام لا يعتبر عذرًا لشيوع أحكام الإسلام واستفاضته. وجه الاستحسان: أن الزوج متى جهل بإقرارها لو لم يعتبر الرق ثابتًا في حق الزوج يتضرر بذلك ضررًا لا يمكنه دفعه إلا بترك الوطئ في شهرين على حساب أنها حرة في الظاهر كما كانت وأن مدة إيلائها أربعة أشهر وأن طلاقها ثلاثًا فلم يصح إقرارها في حق بغير مدة الإيلاء وتعبير طلاقها دفعًا للضرر عنه ومتى علم بطلاقها بإقرارها يمكنه دفع الضرر بأن يفيء إليها أو يراجعها أو بعزل الوكيل فصح إقرارها بالرق في حقه في هذه الحالة وصار كما لو وكل رجلًا بأن يطلق امرأته بائنًا فأبانها الوكيل في مرض الزوج إن قدر الزوج على عزله ولم يعزل يصير فارًّا، وإن لم يقدر على عزله لا يصير فارًّا بخلاف ما لو قال لها طلقي نفسك ثنتين أو للوكيل طلقها ثنتين إن شئت تملك مراجعتها علم بإقرارها أو لم يعلم، لأنا لو صدقناها لا يمكن الزوج من دفع الضرر عن نفسه؛ لأن هذا تمليك وليس توكيل فلا يملك عزل المأمور عما فوض إليه، وهاهنا بخلافه فرق بين الوكيل بالتطليق وبين ما إذا وكله ببيع عنده أو بإعتاقه أو بكتابته فجنى العبد خطأ ثم باعه

الوكيل أو أعتقه بعد الجناية لا يصير المولى مختارًا للفداء، وإن كان عالمًا بالجناية قادرًا على عزل الوكيل، والفرق أن ترك العزل مع الإمكان متردد بين أن يكون منه اختيارًا للفداء وبين أن لا يكون فلا يثبت الاختيار بالشك لما فيه من زيادة التزام المال، فإنه لم يكن ثابتًا فلا يثبت بالشك. أما هنا احتمل أن يكون ترك العزل منه اختيارًا للإيقاع وأراده للقرار. إلا أن الحرمة مما يحتاط في إثباتها فتنسب الحرمة مع الاحتمال احتياطا للحرمة ويصير فارًّا؛ لأن حقها كان متعلقا بماله فلا يبطل بالشك.

(**الجامع**): أصله أن النائب بظاهر الحال يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق؛ لأن الثابت بظاهر الحال ثابت باستصحاب الحال لا بدليل موجب فيكون في ثبوته وبقائه احتمال والثابت لا يزال بالشك وغير الشك لا يثبت بالشك كظاهر اليد يصلح حجة للدفع دون الإلزام وكحياة المفقود ويصلح حجة لإبقاء ما كان حيًّا لا يورث ماله ولا يصلح حجة لاستحقاق وارثه من أقاربه وحرية مجهول النسب ثابتة بظاهر الحال من حيث إن الحرية أصل في بني آدم لأنهم أولاد آدم وحواء. رجل لا يعرف حاله اشترى عبدًا فأعتقه ثم أقر بالرق لرجل وجحد المعتق وللمقر ابن كبير أيضًا يجحد، يصير المقر عبدًا والمعتق حرًّا على حاله؛ لأن مجهول النسب حر من حيث الظاهر لما بينا فصح شراؤه وإعتاقه ظاهرًا، فإذا أقر بالرق على نفسه وأنه أمر محتمل متمثل فيصدق على نفسه ولم يصدق على العتق؛ لأنه يتضمن إبطال حرية العتق وإبطال ملكه في إكسابه ظاهرًا، فإن مات المعتق وترك مالًا وعصبة فماله لعصبته، وإن لم يكن له وارث غير الذي أعتقه فماله للمقر له؛ لأن المجهول كما لا يصدق على العتق بالرق فالمقر له لا يصدق على ورثته أيضًا؛ لأن عصبته قائمون مقامه في الملك والملك انتقل إليهم من حيث الظاهر فلا يجوز إبطاله بإقرار غيرهم، فإذا فقدت العصبة زال المانع من الإقرار وهو مصادقة الإقرار ملك غيره فنفذ إقراره؛ لأنه لا مانع ولا منازع له في إكسابه فنفذ إقراره بكونها ملكًا للمقر له بالرق، وإن كان للميت بنت كان النصف لها والنصف للمقر له لزوال المانع من نفاذ الإقرار في النصف ولوجود المانع في النصف، فإن جنى هذا العتق كان الأرش عليه وإن جنى عليه فهي كالجناية على المملوك وهو كالمملوك في الشهادة؛ لأن حريته ثابتة بالظاهر لا بدليل يوجب الحرية والثابت بالظاهر يصلح حجة للدفع لا

للاستحقاق على الغير فاعتبر رقيقا في حق الجناية عليه؛ لأن الاستحقاق يقع على غيره واعتبر حرًّا في حق جنايته على غيره؛ لأن الزيادة على قيمته إلى تمام الأرش لو وجب فإنما يجب بإقراره على نفسه أنه حر وأن عليه الأرش لا قيمته لا بحرية ثابتة بظاهر الحال وإقراره بما في يده من المال صحيح لغيره، ولو أعتق المقر له ثم مات العتيق الأول ولا عصبة له كان ميراثه للمقر له؛ لأن إقرار المجهول يكون المعتق وجميع أكسابه ملكًا للمقر له لا ينفذ ما دام المعتق حيًّا؛ لأن المقر به ليس في يده، فإذا مات صار المقر به في يده فأخذ بإقراره كمن أقر بمال أبيه لغيره ثم مات الأب يؤخذ بإقراره.

(باب الإقرار بالعتق والكتابة والتدبر)

(**المبسوط**): أقر أنه أعتق عبده أمس وهو كاذب يعتق قضاء لا ديانة؛ لأن الظاهر أن العاقل صادق في إقراره واختباره باعتبار عقله ودينه، فإذا ادعى الكذب فيه فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي؛ لأنه مطلع على الظاهر لا على الضمائر ويصدق ديانة؛ لأن الله تعالى مطلع على ضميره أقر أنه أعتق عبده هذا لا بل هذا عتقا؛ لأن كلمة لا بل للرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقام الأول صحيح والرجوع عن الأول لا يصح كما في الطلاق.

ولو قال: جعلت أمرك في بدل في العتق أمس فلم تعتق نفسك، وقال العبد: بل أعتقت نفسي، لم يعتق؛ لأنه حكى أمرًا لا يملك استئنافه للحال؛ لأنه يؤخر الإيقاع إليه في الأمس فلا يملك الإيقاع بعد مضيّه، ومن حكى أمرًا لا يملك استئنافه للحال لا يصدق كالوكيل بالبيع بعد العزل إذا قال كنت بعته، ولو قال أعتقتك أمس على مال فلم يقبل وقال العبد بل قبلت فالقول للمولى، وفي الكتابة والبيع القول لمن يقول قبلت؛ لأن تعليق العتق بمال صحيح بدون القبول فلا يكون الإقرار بالإعتاق على مال إقرارًا بقبول العبد. فأما البيع والكتابة لا يتم إلا بالقبول فكان الإقرار بهما إقرارًا بقبول العبد.

عبد بين رجلين قال أحدهما أعتقته أنا وأنت أمس فقال صاحبه صدقت، فإن صدّقهما العبد فهو مولاهما وإن كذّب المقر فهو مولاه؛ لأن ولاءه قد ثبت منه قبل

أن يقول صاحبه صدقت ولا ضمان عليه لصاحبه؛ لأن صاحبه زعم أن العبد حر وأنه مولى لهما، ولو قال لعبد رجل أنت حرّ يا فلان فقال مولاه أعطني ثمنه فإنك كنت اشتريته مني فقال لم أشتره قال يعتق العبد بإقرار مولاه ولا يلزم المعتق القيمة وليس هذا بإقرار منه بالشراء؛ لأن هذا إنما افتدى به يمينه.

(فصل)

دبَّر جارية ثم أقر أنها كانت مدبرة لآخر غصبها منه لم يصدّق وعلى الجارية ويضمن قيمتها ولا يمنع من استخدامها ووطئها قضاء وفي الديانة لا يفعل إن كان كما يقول؛ لأن تدبيره صادف ملكه ظاهر لقيام يده عليها فاستحقت عليه حق الحرية والولاء فيتضمن هذا الإقرار إبطالًا لحقها فلا يصح في حقها وإقراره بالغصب من الأول حجة عليه فيضمن قيمتها عند تعذر رده عينها بتدبيره ولا منافاة بكونها مدبرة له للحال وبين كونها مضمونة للمقر له بالغصب السابق لا يطأها ديانة؛ لأن هذا قضاء بالملك المطلق والقضاء بالأملاك المرسلة لا تنفذ باطنًا بالإجماع إن كان كما تقول وإن قتلها أجنبي فعليه القود للمقر؛ لأن القاضي لما قضى بكونها مدبرة له صار مكذبًا شرعًا في إقراره بالغصب فلم يبق إقراره معتبرًا بعد القضاء بخلافه وقتل المدبرة يوجب القصاص لمولاها ولو قتلها المقر له فعليه القود قياسًا؛ لأنه بمنزلة أجنبي أجر منها ولا قود عليه استحسانًا؛ لأن المقر أقر بما ينفي الوجوب وهو كونها ملكًا للمقر له فكان الإقرار بما يبقى الوجوب إسقاطًا للقود منه وهو يملك الإسقاط بالعفو وكذلك الإقرار بالملك ولو استولدها ثم أقر أنها لفلان زوجها فصدقته فهي والغلام مملوكان للمقر له ولا يلتفت إلى تكذيب الغلام إذا بلغ؛ لأن تصديقها في حقها وفي حق ولدها صحيح؛ لأن ولدها في يدها؛ لأنه لا يعبر عن نفسه وهو جزءٌ منها فيكون كالجزء المتصل بها وكذلك إذا لم يقل شيئًا حتى ماتت؛ لأن إقرار المقر صحيح لا يبطل في حقها إلا بتكذيبها ولم يوجد التكذيب منها فبقي صحيحًا والولد في يدها فيكون حجة في حقه، وإن كذبت الجارية لم يصدقا كي لا تضمن إبطال حقها ولأنها صارت أم ولد للمقر؛ لأن وطئه صادف ملكه ظاهرًا ويقضي عليه بقيمتها للمقر له ولا يقضي بالعقر كما بينا، فإن ماتت قبل

التكذيب والتصديق صدق ويكون الابن عبدًا للمقر له وصار موتها كالتصديق؛ لأن الولد في يديهما ولم يوجد ما يسقط اعتبار يدها وهو التكذيب منها فينفذ قولهما ويعتبر تصادقهما على كونه ملكًا للمقر له، فأما إذا كذبت فقد سقط اعتبار يدها؛ لأن تكذيبها كتكذيب الولد؛ لأنه في يدها فلا يحكم برقه باعتبار يدها ولو أنكرت وماتت قبل الحكم بشيء ولا يقضى بشيء حتى يكبر الغلام؛ لأنه سقط حقها بالمولى وبقي حق الولد فلا يعتبر قولهما في حقه كي لا يبطل حقه ولو كانت الأم حبشية والغلام يعبر عن نفسه فصدقته وكذبه الغلام أو على عكسه عتق الغلام والأم أم ولد للمقر ويضمن قيمتها؛ لأن أمومية الولد لا يتجزأ وثبات النسب لا يتجزأ فمتى ثبت حق أحدهما بتكذيبه يثبت حق الآخر ضرورة عدم التجزي ثم لا يعمل بعد ذلك بتكذيب الآخر.

كتاب تصرفات المريض والوارث

(باب إقرار المريض لِلأجنبي ومعاقدته معه)

(المبسوط): أَقرَّ المريض بجميع ماله لأجنبي صح؛ لأنه محتاج إلى الإقرار ولكونه محتاجًا إلى المعاملات مع الأجانب عادة في حالة الصحة، فلو لم يصح إقراره في حالة المرض لتقاعد الناس عن المعاملة معه فلم يتعلق حق الورثة بماله في حق الحجر عن الإقرار للأجنبي مع أن الإقرار في حالة المرض أقرب إلى الصدق وأبعد عن تهمة الإفك؛ لأن المرض سبب للنزوع عن المعاصي؛ لأنه حالة الإجابة إلى الله تعالى والظاهر أن المرء يتدارك في هذه الحالة ما فرط في حالة الصحة فقد وجد المثبت وانتفى المانع فوجب القبول. أقر بدين ثم بدين ثم مات تساويا وتحاصًا اتصلا أو انفصلا؛ لأن حالة المرض جعلت كحالة واحدة في حق التصرفات المتجانسة نظرًا إلى ما يجب في الذمة ليعلم مقادير الواجبات فيها فصار كأنهما وقعا معًا ودين الصحة مقدم على دين المرض الثابت بإقراره خلافًا للشافعي وهو أن يقضي من التركة أولا دين الصحة، فإن فضل شيء يصرف إلى دين المرض وإذا ثبت الدين بالبينة أو بمشاهدة القاضي فهما سواء؛ لأن البينة حجة متكاملة فالثابت بها كالثابت بالمعاينة فتكون حجة في حق الكل كافة. فأما الإقرار حجة قاصرة وقد تعلق حق غريم الصحة بماله في أول مرة؛ لأن المريض متكلف بقضاء دينه ولا يتمكن من قضاء دينه إلا بماله وليس له مال صالح بقضاء الدين سوى هذا المال فيتعين ماله رصدًا أو محلًّا لقضاء دينه فصار حقًّا للغريم، ولهذا ينقض تبرعه لحق الغريم لدليل أنه إذا طلب ينقض، وإذا أجاز لا ينقض فلم يصح إقراره في المرض في حق غريم الصحة كي لا يتضمن إبطال حقه، وكذلك لو أقر بعبد أو عين في يده أنه لفلان وعليه دين الصحة فغريم الصحة أحق به من المقر له؛ لأن العين في يده وهو ملكه باعتبار الظاهر فتعلق حق غرماء الظاهر به فكان إقراره

مبطلًا لحقهم فلم يصح في حقهم، ولو أقر بدين ثم بوديعة استويا وتحاصًا ولو أقر بوديعة بعينها ثم تدين يبدأ بالوديعة، والفرق أنه متى بدأ بالدين تعلق الدين بالعين أولًا؛ لأنه صادف محلًا صافيًا خاليًا عن حق الغير فالإقرار بالوديعة صادف محلًا مشغولًا بحق الغير فيكون إقرارًا بوديعة مستهلكة؛ لأنه صارت الوديعة بحال لا يصل إلى مالكها والإقرار بوديعة مستهلكة يكون إقرارًا بالدين فصار كأنه أقر بدين ثم بدين ثانيًا ومتى أقر بالوديعة أولًا فقد صادفت محلًا صافيًا خاليا فصح إقراره وصار ملكًا للمقر له فلم يتعلق حق المريض به؛ لأن حقه يتعلق بالتركة وحالة المرض إنما يجمع بين التصرفات المتجانسة لأن المتجانسين يقبلان الائتلاف والانضمام ولا يجمع بين التصرفات المختلفة المتباينة فبقيت حالة المرض في حقها أياما متفرقة واحدًا لا متعددة. مريض له ألف لا غير وليس عليه دين الصحة فأقر بدين بألف ثم أقر أن الألف التي في يده وديعة أو مضاربة، ثم أقر بدين ألف ومات قسمت الألف بينهم أثلاثًا؛ لأن الإقرار بالوديعة إقرار بوديعة مستهلكة؛ لأنه صادق محلًا تعلق به حق الغريم الأول فيكون إقرارًا بالدين فصار كأنه أقر بالدين لثلاثة يقر متعاقبا، ولو قال صاحب الدين الأول لا حق لي قبل الميت كانت الألف بين صاحب الوديعة والآخر نصفين؛ لأنه لم يظهر أنه لم يكن حق الأول متعلقًا بالألف؛ لأن الإبراء إسقاط بعد الوجوب وقوله لا حق لي قبله يحتمل الإبراء؛ لأنه يحتمل أنه لا حق لي قبله لأني أبرأته فيحمل على الإبراء حملًا لكلام الأول على الصحة، وإذا كان إسقاطًا لحقه بعد الثبوت فحصل مقرًا بوديعة مستهلكة فبقي إقرارًا بدينين. أقر أن لفلان على فلان ألفًا وجحده فلان ثم مرض المقر وورث من الجاحد ألف أو على المقر دين في الصحة فمات وترك ألفًا ورثها عن الجاحد فغريم المقر في الصحة أولى من غريم الجاحد؛ لأن إقرار المقر حين صدر منه لم يكن صحيحًا نافذًا؛ لأنه على الغير وإنما انقلب صحيحًا بعد موت الجاحد وموت الجاحد كان في مرضه وكأنه أنشأ الإقرار في المرض وعليه دين الصحة. أقر المريض بألف بعينها أنها لقطة ولا مال له غيرها يصدق في ثلثها ويصدق دون الثلثين عند أبي يوسف يلزمه، وقال محمد إن لم يصدقه الورثة فكلها ميراث وإن

صدقوه تصدقوا بكلها؛ لأن هذا الإقرار حصل للمجهول فلم يصح ولم يأمرهم المورث بالتصدق فيسلم للورثة، لأبي يوسف أن إقرار المريض بكونها لقطة صح بقدر الثلث؛ لأن الثلث خالص حقه فلم يصر قدر الثلث ميراثًا ويصدق بالثلث؛ لأن كونها لقطة تمنع النقل بالميراث كما لو ثبت الكل لقطة بإقرار الورثة ولأن هذا الإقرار لم يصح في حق استحقاق العين؛ لأن صاحبها مجهول لكن صح في حق الأمر بالتصدق؛ لأنه إذا أمر بالتصدق ببعض ماله يصح من الثلث وهذا أمر بالتصدق؛ لأن كل لفظة يجب التصدق بها إذا لم يعرف صاحبها ولم يعرف صاحبها هنا فيكون أمرًا بالتصدق فيجب أن يتصدق بها بقدر ما يخرج من ثلث ماله.

(فصل)

اشترى شيئًا في مرضه أو استقرض أو استأجر وعاين الشهود قبضه أو تزوج امرأة على ألف وهي مهر مثلها، فإنه يحاصّ غرماء الصحة؛ لأن المعاوضات غير متضمنة إبطال حق غرماء الصحة لدخول العوض في ملكه مع أنه محتاج إليها لإقامة مصالحة ولا يصير محجوزا عنها، وأما المناكحات فلأن المهر من الحوائج الأصلية؛ لأنه تعلقت بالمناكحة الحاجة الأصلية فكانت بمنزلة مؤنه وكسبه فلا يثبت الحجز في حقه كثمن الأدوية ونحوه إلا أن ثمن الأدوية يقدم على حق الغرماء والمهر لا يقدم؛ لأن الحاجة إلى مهر المثل، وإن كانت أصلية ولكن دون الحاجة إلى ثمن الأدوية فلكونها أصلية لا يتخلف عن حق الغرماء ولكونها دون الحاجة إلى ثمن الأدوية لم يتقدم على حق الغرماء وكذلك كل دين وجب على المريض لا عن مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره فهو بمنزلة دين الصحة؛ لأنه لما علم سببه لم يتمكن ردّه وأما الإقرار فيتطرق إليه الرد والحجر.

ولو قضى دينه في المرض إن قضى دين القرض وثمن البيع كان له دون غرماء الصحة؛ لأن حقهم تعلق بمالية الأعيان لا بأعيانها؛ لأن مالية الأعيان كلها صالحة لقضاء حقهم، ولهذا كان للمريض أن يقضي ديونهم من مال آخر وما وصل إليهم من العوض يصلح لقضاء حقهم فلم يتضمن هذا القضاء إبطال حقهم فيصح القضاء في حقهم وإن قضى دين المهر أو الأجرة يشاركوه فيه؛ لأن ما وصل إليه من

العوض لا يصلح لقضاء حقهم فيضمن هذا القضاء إبطال حقهم وله ولاية النقل دون الإبطال فلم يصح القضاء في حقهم ولو قضى دين بعض غرماء الصحة ثم مات رَدَدْتُه وجعلته بين الغرماء بالحصص؛ لأن التركة كلها تعلقت بها جميع ديون الغرماء وفي قضاء بعض الديون إبطال حق الآخرين فلم يصح القضاء.

(المنتقى): ولو أقر المريض بالرجوع في هبته يصدق ويرى الموهوب له، وكذلك لو أقر باسترداد المبيع في البيع الفاسد أو باسترداد المغصوب والرهن يصح، وإن كان عليه دين الصحة؛ لأن هذا بمنزلة دين له أقر بقبضه يصدق فكذا هذا، ولو أقر بقبضه من الوارث في جميع ذلك لم يصدق؛ لأنه متهم فيه كما في استيفاء دينه من وارثه. صحيح له دين على رجل فقال قبضته منه وهو صحيح.

وقال بعض غرماء الميت: قبضه منه وهو مريض فأنا شريكك فيه.

قال محمد: إن كان المال قائمًا بعينه شركه الآخر فيه، وإن كان مستهلكًا ولا شيء عليه؛ لأنه ادعى عليه الضمان وهو منكر.

قال أبو يوسف: مريض باع عبدًا من رجل إلى سنة وقيمته ألف ثم أقر المشتري أن على الميت دين ألف فقال له: عجل الثلثين للورثة والثلث عليك إلى أجل فلا شيء للمقَرِّ له بالدَّين.

ولو باع عبدًا في مرضه بألفي درهم وقيمته ثلاثة آلاف ثم أقر المشتري أن على الميت دين ألف درهم إلى أجل.

قال أبو يوسف: لزمه المبيع بألفين ويباع ثلث العبد بالدين فيقضي منه دينه؛ لأن حقه يتعلق بثلثه في زعم المشتري؛ لأن فيه محاباة فلا ينفذ بيعه فيها وفي المسألة المتقدمة حق الغريم لم يتعلق بالعبد؛ لأنه باع بمثل قيمته ولكن حق الورثة تعلق بثلثيه فلم يصح التأجيل بقدرتهم في حقهم بقدره.

ولو أقر بالغصب في صحته، ثم قال في مرضه: هو هذا فهو مصدق، وكذلك لو أقر بوديعة لفلان في صحته، ثم قال في مرضه هي هذه يصدق، ألا ترى أنه لو قال أحد هذين العبدين لفلان ثم عينه في المرض يصح.

قال أبو يوسف: رجل أقر في مرضه ثبوت أنه لقطة ولا مال له غيره يحبس ثلثه منه ويأخذ الورثة الثلثين.

ولو أقر الصحيح بألف درهم في هذه أنها لقطة ثم مات ولا مال له توقف الألف كلها حتى يجيء صاحبها ولا تكون للورثة.

ولو أقر المريض المديون أن هذه الألف مضاربة أو وديعة لفلان يصدقه الغريم في ذلك وجحد الوارث.

قال محمد: يدفع الألف إلى الغريم، فإذا قبضها يؤمر بدفعها إلى المقر له ولا يصدق الغريم والميت على الوارث؛ لأنه تعلق بها حق الوارث، فإذا وصل إلى الغريم توحد بإقراره بما في يده.

(**الفتاوى**): رجل أقر لامرأته في مرضه بمهر ألف درهم وقد تزوجها بألف درهم ثم قامت البينة بعد موت الزوج على أن المرأة وهبت مهرها من زوجها في حياته هبة صحيحة يجوز إقراره بالمهر ولا تقبل البينة على الهبة.

(باب إقرار المريض لوارثه)

(**المبسوط**) فيه فصول:

أحدها: في الإقرار لوارثه.

والثاني: في الإقرار لوارثه ثم صار غير وارثه.

والثالث: في الإقرار للوارث والأخير.

(فصل)

أصله: أن المريض محجور عن إيصال النفع إلى وارثه إقرارًا كان أو تمليكًا مبتدأ؛ لأنه متهم في حق الوارث؛ لأن المريض قد يؤثر بعض الورثة على البعض وقد تعلق حق الكل بماله فتمكنت تهمة الكذب في إقراره فلم يصح إقراره في حق الباقين.

لو أقر المريض لوارثه بدين أو غيره لا يصحّ إلا بتصديق الباقين خلافًا للشافعي

بحديث مروي بإسناد صحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**لا تصح الوصية للوارث ولا الإقرار بالدين**"(١) ولأن الإقرار للوارث تعرض لحق الباقين بالتنقيص أو الإبطال؛ لأن حق الورثة تعلق بماله فيما بينهم وبين المورث بدليل أنه لو تبرع على بعض الورثة ينقض تبرعه في الكل بالإجماع حقًّا للورثة حتى ينقض بطلبهم وتترك بتركهم وهذا أمارة تعلق حق الورثة بجميع ماله فعلم أنه محجور عن التصرف مع الوارث شرعًا لحق الورثة فلا يصح إلا بتصديق الباقين. أقر المريض لعبد أحد الورثة أو لمكاتبه أو لعبد قاتله ولمكاتبه لا يجوز؛ لأن الإقرار لها ولا إقرار للوارث والقاتل أو ملكًا أو حقًّا ولا يجوز إقراره لقاتله إذا مات من جنايته؛ لأن حق الورثة يعتبر متعلقًا بماله في حق ما بينه وبين قاتله بدليل أنه لا يصح تبرعه على قاتله كما لا يصح على وارثه ولأن المريض محجور التصرف مع القاتل، ولهذا لا يصح وصيته وتبرعه له وإنما صار محجورًا؛ لأن الوصية أو التبرع يغيظ الورثة، وهكذا حجر المريض عن الوصية للوارث إنما كان؛ لأنه يغيظ سائر الورثة والمغيظة تفضي إلى القطيعة. أقر المريض لمكاتب نفسه بدين جاز إن كاتبه في الصحة وإن كاتبه في المرض لم يجز إلا من الثلث بخلاف ما لو أقر لمكاتب وارثه لا يصح، والفرق أن الإقرار لمكاتب وارثه إقرار للوارث؛ لأن للوارث حق في اكتسابه في الحال وحقيقة الملك في المال متى عجز المكاتب. فأما الإقرار لمكاتب نفسه لا يتضمن إقرارًا لوارثه بل هو إقرار لمملوكه والمريض غير محجور عن إيصال النفع إلى مملوكه بأكثر من الثلث حتى لو أعتقه لم يجز إلا من الثلث والصحيح غير محجور.

أقر لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها ويتحاص غرماء الصحة؛ لأنه لا تهمة في هذا القدر؛ لأنه يملك إيجاب هذا القدر من المال بإنشاء النكاح فملك بالإقرار. أقر لوارثه وهو مريض ثم برأ ثم مات جاز؛ لأنه بالبرء ظهر أنه لم يكن مرض الموت فظهر أن حق الورثة لم يكن متعلقا بماله استقرض من وارثه معاينة فهو كالأجنبي، ولذلك لو استهلك ماله بمعاينة الشهود؛ لأنه لا تهمة

---

(١) أخرجه أبو داود، في «المراسيل» (٣٤٩) قال: حدثنا أبو معمر، إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا حجاج، عن ابن جريج، عن عطاء الخراساني، فذكره.

في دعوى هذا الدين فتحقق الوجوب ولم يبطل حقًّا على الورثة بل نقله إلى مثله بمنزلة الاستقراض من الأجنبي واستهلاكه ماله.

(فصل)

أقر لوارثه بدين ثم صار غير وارث فلا يخلو إما أن كان وارثًا وقت الإقرار ولم يبق وارثًا وقت الموت أو كان وارثًا فيهما أو لم يكن وارثًا وقت الإقرار وصار وارثًا وقت الموت، فإن كان وارثًا وقت الإقرار ولم يبق وارثًا وقت الموت بأن أقر لأخيه وهو وارثه ثم ولد للمقر ابن ثم مات المريض يصح الإقرار؛ لأن الإقرار حصل الغير الوارث؛ لأن الوارث من يرثه بعد الموت ولم يرثه الأخ مع الابن، وإن كان وارثًا فيهما ولم يبق وارثًا فيما بينهما بأن أقر لامرأته ثم أبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها أو والى رجلًا فأقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقدا ثانيًا ثم مات يجوز الإقرار عند محمد، وعند أبي يوسف لا يجوز.

لمحمد: أن إقرار المريض كان موقوفًا إن بقي المقر له وارثًا إلى وقت الموت بطل وهدر، وإن صار أجنبيًّا نفذ واعتبر، فإذا صار أجنبيًّا بفسخ العقد وجد الإقرار نفاذًا فنفذ وانبرم والإقرار متى نفذ ولزم لا يبطل بانقلابه وارثًا.

لأبي يوسف: أن المقر متهم في الطلاق وفسخ الموالاة وعقدهما ثابتًا لاحتمال أنه إنما فعل ذلك اختيارًا لا لجواز الإقرار حتى يحصل للمقر له زيادة مال مع الميراث فيبطل حق الورثة عن الزيادة بالاحتمال، وتصرف المريض إذا تضمن إبطال حق الورثة لا يصح لطلاق ألفًا بخلاف ما إذا لم يتزوجها ثانيا لأنا علمنا أنه ما طلقها اختيارًا لا لجواز الإقرار فلم يكن متهما فيه بالإثبات. فأما إذا لم يكن وارثًا وقت الإقرار ثم صار وارثًا وقت الموت ينظر إن صار وارثًا بسبب كان قائمًا وقت الإقرار بأن أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن لا يصح إقراره، وإن صار وارثًا بسبب جديد بأن أقر لأجنبية ثم تزوجها ولأجنبي ثم عقد معه عقد الموالاة يصح إقراره خلافًا لزفر. له: أن الإقرار حصل للوارث وقت الموت فيبطل كما لو وهب لأجنبية في مرضه ثم تزوجها يبطل، وكما لو أقر لأخيه الكافر ثم أسلم. لنا أن الإقرار حين صدر منه حصل للأجنبي لا للوارث فنفذ ولزم فلا يبطل بعد نفاذه، وإن صار وارثًا

وهذا؛ لأن المانع من صحة الإقرار للوارث تعلق حق الورثة بماله وقت الإقرار، فإذا كان أجنبيًا وقت الإقرار لا يكون حق الورثة متعلقا بماله في حقه فانعدم المانع فصح الإقرار بخلاف مسألة الهبة؛ لأن التبرع وصية وحال نفوذ الوصية عند الموت وهي وارثة عنده وبخلاف ما لو أقر لأخيه الكافر وله ابن ثم مات؛ لأن سبب الوراثة قائم وهو القرابة وقت الإقرار إلا أنه لم يستحق الإرث وهو الكفر أو لوجود الحاجب وهو قيام الابن، فإذا زال المانع يصير وارثًا من ذلك الوقت فيظهر أن الإقرار حصل للوارث، أقر لوارثه أو لأجنبي ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز إقراره عند أبي يوسف أو لا؛ لأن إقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء، وقال أبو يوسف آخرًا وهو قول محمد يجوز؛ لأنه بالموت قبل موت المريض خرج من أن يكون وارثًا فظهر أنه لم يكن وارثًا؛ لأن الوارث من يرثه وقد فقدت وراثته فظهر أن الإقرار حصل لغير الوارث والإقرار لم يحصل لوارث المقر له بل حصل لغيره وهو لا يستحق المقر به بإقراره وإنما يستحق بالإرث وكان الإقرار حاصلًا لغير الوارث ابتداء وانتهاء، وكذلك لو أقر المريض بعبد أنه لأجنبي وقال الأجنبي: هو لفلان وارث المريض لم يكن له فيه حق يصح الإقرار، ولو أقر الأجنبي أن العبد حر الأصل أو أعتقه عتق ولا شيء عليه وكذلك الكتابة والتدبير؛ لأنه بالإقرار تبين أنه ملكه.

(فصل)

أقر بدين لرجلين أحدهما وارثه ثم مات وتصادقا على الشركة أو ادعى الأجنبي الشركة لا يجوز الإقرار لواحد منهما، وإن تكاذبا على الشركة أو جحد الأجنبي الشركة وقال: لا شركة بيننا لم يكن للأجنبي شيء عندهما.

وقال محمد: جاز الإقرار في حصته؛ لأن المانع من صحة الإقرار هي الشركة في المقر به والشركة حقهما فينبغي نفيهما؛ لأن المقر يقر على نفسه بالمال فصح وعلى الأجنبي بالشركة فلا تثبت الشركة في حقه مع تكذيبه فصح الإقرار في حقه.

لهما: أن المقر ما أقر إلا بدين مشترك بين الأجنبي والوارث فكان الإقرار في الأصل وقع فاسدًا ولا ينقلب صحيحًا بتكذيب الأجنبي إياه في الإقرار بالشركة؛

لأن الشركة لا تنفى بنفي الأجنبي؛ لأنه يريد بهذا النفي استخلاص واستيجاب المقر به لنفسه بعدما لم يكن واجبًا فلم يصح إقراره بنفي الشركة إلا أن يصدقهما المقر في نفي الشركة وقال: لم يكن مشتركًا فحينئذ يصح إقراره للأجنبي؛ لأنه بما قال يوجب على نفسه حقًّا للأجنبي فيصح وصار كما لو خاطب أجنبي بالنكاح فأجابت إحداهما وردت الأخرى لم يجز؛ لأن الإيجاب وقع فاسدًا فلا ينقلب جائزًا برد إحداهما بخلاف الوصية لوارث ولأجنبي، صحت في حق الأجنبي لأن الشركة غير ثابتة قبل الوصية وإنما تثبت بالوصية ابتداء بإيجابه، فإذا لم يصح الإيجاب للوارث لم تثبت الشركة فأما الإقرار إخبار وليس بإيجاب فالإقرار يقتضي سبق المخبر به فتكون الشركة سابقة على الإقرار فيمنع صحة الإقرار.

(**الجامع**): أصله: أن المريض المديون محجور عن نفع بعض الورثة وإثبات بعض الغرماء لما فيه إبطال حق الباقين ولكونه متهما في حق الورثة. أقرض رجل رجلًا ألفًا ثم باع المستقرض عبدًا من المقرض بألف نسيئة ثم مرض المستقرض عليه دين الصحة فحل الأجل فصار الدينان قصاصًا ثم مات كان غرماؤه أسوة المقرض في ثمن العبد؛ لأن ثمن العبد كان آخرهما وجوبًا وآخر الدينين يكون قضاء عن أولهما وأولهما لا يكون قضاء لآخرهما؛ لأن القضاء لا يسبق الوجوب بل يلحقه ويتعقبه وهو مال المريض فتعلق حق الغرماء به وقد صار به قاضيًا وموفيًا من القرض خاصة والمريض محجور عن إتيان بعض الغرماء في القضاء.

ولو كان القرض آخرًا والمسألة بحالها فلا شيء لغرمائه في الثمن؛ لأن القرض آخر الدينين وجوبًا فصار المشتري قاضيًا وموفيًا والمريض مقتضيًا ومستوفيًا والمريض غير محجور عن الاقتضاء؛ لأنه لا إيثار فيه بالإيفاء. أودع الرجل إياه ألفًا بمعاينة في مرض موت الأب فأقر الأب باستهلاكها ثم مات وجب الضمان على الأب؛ لأنه لا تهمة في إقراره بالاستهلاك؛ لأن حكم إقراره صار مستحقًّا بوجه لا مرد له ولا ريب فيه؛ لأنه إذا مات مجهلًا للوديعة صار ضامنًا غارمًا فوجب الضمان في تركته لازمًا فوجب تصديقه في إقراره ضرورة أن لا يبقى في ورطة الضمان دائمًا.

ولو قال: هلكت الوديعة أو رددتها ثم ادعى الاستهلاك أو استحقت قبلك لم يضمن، ولو أقر باستهلاكها، ثم قال ضاعت أو رددتها لم يقبل قوله ويلزمه الضمان؛ لأنه لما أقر بالهلاك أو الرد أولًا فقد ارتفع سبب الضمان وبطل، فإذا أقر بالاستهلاك أو عن التهمى بطل صار متهمًا بايصال النفع إلى وارثه ولا يصدق فبطل، وإذا أقر بالاستهلاك فصار ضامنًا.

(باب ما يقر الرجل لوارثه فيقر به الوارث لغيره)

(الجامع): أصله أن تصرف المريض انعقد للحال صحيحًا مفيدًا لحكمه لصدوره من أهله في محله ولكنه ينقض بعد موته إذا لم يكن الوارث مجيزًا له ليعلق حقه بمحله إذا كان التصرف قابلًا للنقض والإبطال ويبقى الملك لمن وقع له إلى أن يحكم بالنقض والإبطال ويضمن قيمته عند الهلاك اعتبارًا بالبيع الفاسد. أقر المريض لوارثه بعبد فقال: هو ليس لي ولكنه لفلان ثم مات المقر يكون العبد للمقر له ثابتًا وضمن الوارث قيمته فيكون بينه وبين ورثته مقسومًا؛ لأن إقرار المريض صدر منه صحيحًا فيصح إقرار المقر له للأجنبي مبيِّنًا إلا أنه لما مات صار إقراره مستحق النقض والإبطال فيصير بمنزلة العقد الواقع بصفة الفساد والإقلال فيصير الإقرار فاسدًا في الاعتبار فوجب على الوارث رد العبد بحكم فساد الإقرار، فإذا عجز عن رده ينصرف إنشاءه فيه يلزمه قيمته كما في المشتري شراء فاسدًا، وكذلك إن أقر الوارث بوارث آخر فهو للوارث الآخر ويضمن قيمته لسائر الورثة يرفع عنه حصته وحصة المقر له الآخر لأنهم تصادقوا أن حصتهم موضوعة عنه؛ لأن المقر زعم أنه كان ملكًا له من الأصل لا للورثة وغيره من الورثة زعموا أن العبد موروث بيننا وزعموا أن له حصة من القيمة وهي ساقطة عنه؛ لأنه لا يجوز أن يضمن عن نفسه لنفسه فيرفع عنه حصته لتصادقهم على ذلك وكذلك المقر له الأول والثاني لما تصادقا أن العبد ملك الباقي من الأصل فقد تصادقا أن حصته موضوعة ساقطة منه وبينه الورثة إن أقروا أن للثاني حصة من القيمة؛ لأن القيمة التي وجبت على المقر له موروثة لهم كالعبد إلا أن المقر له كذبهم في ذلك ويقول القيمة عند

موروثه عن الميت؛ لأنه لا ضمان على الأول والإقرار يبطل بتكذيب المقر له فصارت حصته ساقطة عنه بتصادقهم، فإن قيل المقر له لما قال هذا العبد ليس لي فقد كذب المقر في إقراره والإقرار يبطل بتكذيب المقر له قلنا: التكذيب لم يوجد من المقر له إلا متصلًا بتصديقه فيما أقر له؛ لأن قوله لفلان تصديق له؛ لأن إقراره للمقر له الثاني لا يصح إلا بعد تصديق الأول فيما أقر له؛ لأنه ما لم يدخل في ملكه لا يصح إقراره لغيره وقد قصد تصحيح إقراره للثاني فكان مصدقًا للمقر الأول ضمنًا واقتضاء بقوله هو لفلان فصار كأنه كذبه أولًا ثم صدقه متصلًا به فصح الإقرار فكذا هذا ولأن قوله: ليس لي، يحتمل أي ليس لي للحال لأني ملكته من الثاني بالإقرار فلم يبق لي للحال ولا يكون تكذيبا ويحتمل أنه ليس من الأصل فيكون تكذيبا فوقع الشك في التكذيب فلم يثبت بالشك فلم يبطل الإقرار، وكذلك لو وهبه المريض لوارث ثم وهبه الوارث لوارث آخر ثم مات المريض، فإن الموهوب له الأول يضمن قيمته للورثة ولا يرفع عنه حصة الموهوب له الثاني؛ لأنهم زعموا أن القيمة موروثة بينهم لأنهم تصادقوا أن الموهوب له الأول يملك العبد من جهة الميت بالهبة وقد فسدت الهبة متى مات من مرضه ولزمه رد غير العبد وعجز عن رده بالهبة من الثاني، فلزمه رد قيمته وهي موروثة بينهم فيكون للثاني نصيبا من القيمة وهو لم يكذبهم في ذلك فلم يبطل إقرارهم، فإن لم يثبت الموهوب له الأول ولكن أقر أن الميت قد أقر به بعد الهبة لهذا الوارث الآخر وصدقه الآخر وقبض والعبد قائم في يده يؤخذ من الآخر ويكون ميراثًا؛ لأن الثاني إنما ملك العبد من جهة الميت لا من جهة الأول وقد فسد الإقرار بموت المريض الثاني، فكان لبقية الورثة استرداده بحكم الفساد كما لو وهبه المريض منه، وإن كان المقر له الآخر غير وارث وعلى الميت دين محيط يباع في دين الغرماء؛ لأن إقرار المريض وعليه دين الصحة لا يصح، فإن هلك العبد في يد الآخر، فإن شاء الغرماء ضمنوا الأول وإن شاؤوا الآخر وإيهما ضمن له يرجع على صاحبه؛ لأنه تصدى من كل واحد سبب الضمان في حق الغرماء؛ لأن الأول متملك بالهبة مع القبض والآخر متملك، والإقرار والتملك من المريض قد انقلب فاسدًا بموته فلزمه رد عينه

إن كان قائمًا ورد قيمته إن كان هالكًا وقد تصادقا أن الضمان واجب على الثاني لا على الأول والأول ما كان أدى الضمان من جهة الثاني بأمره بل كان مجبرًا على إجابة بغير حق في زعمهما، ومن أدى دينًا عن غيره بغير أمره لا يرجع عليه والثاني زعم أن لا ضمان على الأول، فإن لم يصدّق الآخر الأول ولكن قال: العبد عبدي، لا يؤخذ منه ويضمن المقر له الأول؛ لأنه أقر بكون العبد ملكًا للثاني وإقراره صادف ملكه فيصدّق فيه وأقر بفساد ملك الثاني والضمان عليه عند هلاكه والثاني ينكره فلا يصدّق فيه بخلاف ما لو صدقه؛ لأنه ثبت بتصديق الثاني ما أقر عليه من فساد ملكه في العبد ووجوب الضمان عليه، فإن كان المريض أقر للوارث قبل القبض ثم أقر الوارث لوارث آخر فالجواب كما لو قبض؛ لأن الإقرار يوجب الملك بنفسه من غير قبض من المقر له ومجرد القول يوجب الضمان إذا أزال ملكًا أو أبطل حقًّا على الغير كالشاهد إذا رجع عن شهادته بعد القضاء يضمن، وإن لم يوجد منه إلا مجرد القول؛ لأنه أزال ملك المشهود عليه فكذا هذا بإقراره للثاني أبطل حق بقية الورثة في الاسترداد إن لم يزل ملكهم؛ لأنه كان لهم حق الاسترداد لفساد الإقرار والهبة وإبطال الحق كإبطال الملك وانعقد سبب الضمان كالمشتري من المكره إذا باع العبد المبيع من غيره بيعًا جائزًا ثم أعتق الثاني العبد يضمن للمكره؛ لأنه أبطل عليه حق الاسترداد بالإعتاق فكذا هذا.

(باب إقرار المريض بقبض الدين واستيفاء حقوقه)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: في الأجنبي.

والثاني: في الوارث.

(فصل)

مريض يحيط دينه بماله أقر بقبض دينه من الأجنبي جاز إذا كان الدين في الصحة؛ لأنه غير محجور عن المعاملة معه ولا يكون محجورًا عن استيفاء دينه

ولأن الإقرار بقبض الدين إقرار بالدين؛ لأن المقبوض يصير دينه في ذمته وله عليه دين فيتقاصّان والإقرار بالدين للأجنبي جائز فكذلك الإقرار باستيفاء المال منه، وكذلك كل دين وجب في حالة الصحة بدلًا عما ليس بمال كأرش جناية أو بدل صلح عن دم عمد فأقر باستيفائه في المرض يصدّق.

وكل دين وجب بدلًا عما هو مال في حالة المرض كثمن المبيع وبدل القرض الواجب في مرض الموت إذا أقر باستيفائه لم يصح؛ لأن حق الغرماء تعلق بالعين القائمة في يده ولا يصح نقله عن العين إلا إلى بدل يصل إليه، فإذا أقر بالاستيفاء ولم يصل إليه البدل حقيقة لا ينفذ هذا الإقرار بخلاف دين وجب بدلًا عما ليس بمال؛ لأن حق الغريم لم يكن متعلقًا بالأصل وإنما ثبت حقهم في الدين وقد وجب الدين في الصحة فصح إقراره باستيفائه فشابه الدين الواجب في الصحة.

ولو قال المريض: لفلان عليّ حق فصدّقوه بما قال ثم مات يصدّق الطالب ما بينه وبين الثلث استحسانًا والقياس أن لا يجوز؛ لأنه أمر الوارث بالإقرار على نفسه والوارث يملك الإقرار على نفسه من غير أمره فلم يصح أمره بالتصديق. وجه الاستحسان: أن هذه وصية للمدعي بما يختار من تركة الميت والأمر بتصديق الوارث أمر بتسليم ما يختار المدعِي من تركة الميت وهذا صحيح، ألا ترى أنه لو صرّح وقال إذا اختار فلان شيئًا من تركتي فسلموه إليه يصح ويكون وصية بقدر الثلث له فكذا هذا.

ولو أقر بدين مسمّى مع هذا فالدين المسمّى أولى بما ترك؛ لأن الدين متقدم على سائر الوصايا المعلومة مع أنها مقدمة على هذه الوصية؛ لكونها مجهولة فلأن يكون الدين مقدم على هذه الوصية أولى.

ولو لم يقر بدين مسمى فأوصى بوصية فالوصية أولى بالثلث من الإقرار، فهذا قول أبي يوسف ومحمد، ثم يخبر الوارث والموصى له على الإقرار بمقدار الدين.

(فصل)

ولا يصح إقرار المريض بقبض الدين ولا العين المضمونة من وارثه إذا مات

من ذلك المريض سواء كان الوارث أصيلًا أو كفيلًا في الذمة في الصحة أو في المرض؛ لأنه محجور عن التصرف مع الوارث ليتعلق حق الورثة بماله، والمحجور عليه لا يصح إقراره باستيفاء العين والدين، وكذلك إقراره بقبض الدين من المكفول عنه ولا من الكفيل عن الوارث ولا من أجنبي متطوع به عن الوارث ولا بالحوالة عن الوارث إلى غيره؛ لأن استيفاء الدين من أحدهما كاستيفاء الدين من الآخر حتى يبرأ الآخر، وكذلك الوارث يبرأ عن الدين بإقراره باستيفاء الدين من الأجنبي أو من المحتال عليه كما يبرأ بإقراره بقبضه منه فتضمن إقراره إيصال يقع إلى الوارث فلم يصح.

أقرت المريضة بقبض المهر من زوجها لا تصدّق؛ لأن الإقرار بقبض الدين إقرار بالدين كما بينا فكان هذا إقرارًا لوارثه؛ ولأنها متهمة في الإقرار بالاستيفاء كما كانت متهمة في الإقرار بالدين.

مريض أقر بقبض الدين من امرأته ثم أبانها وانقضت عدتها ثم مات يصدق، وكذلك لو أقر بقبض الدين من أخيه ثم ولد له ابن يحجبه ثم مات يصدق؛ لأن الإقرار حصل لغير الوارث باعتبار النظر إلى حالة الموت كما بينا.

خلع امرأته على جعل في مرضه فأقر باستيفائه بعد انقضاء عدتها وليس عليه دين يصح. الأصل: أنّ إقرار الوكيل معتبر بإقرار الموكل؛ لأنه نائب عنه فمتى كان يصح إقرار الموكل يصح إقرار الوكيل وإلا فلا.

الوكيل بالبيع باعه من ابن الآمر وأقر الوكيل في مرض الآمر أنه قبض الثمن ودفعه إلى المريض لا يصدق، وإن صدقه المريض بخلاف ما إذا أبرأ الوكيل المشتري عن الثمن والموكل مريض، والفرق أن الإبراء غير داخل تحت الوكالة؛ لأنه بالتوكيل بالبيع أمره بتحصيل الثمن لا بإسقاطه، ولهذا ضمن الوكيل فلم يجعل إبراء الوكيل كإبراء الموكل. فأما الاستيفاء داخل تحت الوكالة ومتى يملك الاستيفاء بالأمر ملك الإقرار به فيكون إقرار الوكيل بالاستيفاء كإقرار الموكل؛ لأنه نائب عن الموكل باعتبار ملك اليمين، فإن الملك في الثمن يقع للموكل وكأنه سفير ومعبر في حق الملك، وإن كان أصيلًا في حق الحقوق والإقرار بالاستيفاء مختص

بالملك فيكون إقراره كإقرار الموكل، ولو أقر الموكل به لا يصح فكذا إذا أقر وكيله به، فإن قيل إقرار الموكل إنما لم يصح؛ لأنه متهم فيه ولا تهمة في إقرار الوكيل. قلنا إقرار الوكيل جعل كإقرار الموكل؛ لأنه نائب ورسول عنه فصار كأن الموكل هو المقر ولكن بلسان غيره فيتهم فيه وعلى أن الوكيل متهم في إقراره أيضًا؛ لأنه يحتمل أن الآمر أمره بالإقرار بالاستيفاء لإيصال النفع إلى الوارث، ولو كان المأمور مريضًا والآمر صحيحًا يصدّق وإن جحد الآمر؛ لأن إقراره كإقرار الموكل فيصير كأن الإقرار صدر عن الآمر وهو صحيح فصح.

وإن كان المديون وارث الوكيل وهو مريض والموكل صحيح، فإن قال قبضته ودفعته إلى الآمر أو ضاع مني يصدّق؛ لأن المطالبة والاستيفاء إن كان حق الوكيل ولكنه ليس بمال فلا يتعلق به حق ورثته، والثمن وإن كان مالًا ولكنه ملك الموكل فالبراءة صادفت ملك الموكل لا ملك الوكيل فيصدق، وإن قال قبضته ولم يقل دفعته أو ضاع عندي لا يصدق؛ لأنه صار ضامنًا للمستوفى لما لم يقل دفعته إلى الآمر؛ لأن المستوفي كان أمانة عنده وقد مات مجهلًا للأمانة، ومتى أخذ الضمان من التركة بطل حق الورثة عن ذلك، ومنفعة ذلك واصلة إلى المشتري من ملك المأمور؛ لأنه متى لم يصدق المقر ولم يضمن يؤخذ جميع العين من مال المشتري والآن يؤخذ من مال مشترك بين المشتري وغيره من الورثة فيضمن إقراره إيصال يقع مع ملكه إلى وارثه فلم يصح كما قبل المريض الحوالة عن وارثه لغريم له لا يصح فكذا هذا.

أقر المريض بقبض الوديعة من وارثه يصدق وكذلك في جميع الأمانات؛ لأن هذا إقرار لم يتضمن إبطال حق الورثة عن الأمانة؛ لأن بطلان حقهم عن الأمانة يثبت بقول الأمين دفعت المال إلى المريض؛ لأنه لو قال دفعت الأمانة إلى صاحبها يصدق، فإن أنكر المريض فعري إقراره عن إبطال حقهم فصح ولا كذلك الدين، فإن المديون لو قال دفعته إليه لم يصدق لو ثبت دفع المال إليه، إنما يثبت بإقرار المريض فيضمن إقراره إبطال حق الورثة فلم يصح.

المريض أعطاه دراهم ليدفع إلى غريمه أو يشتري له شيئًا فقال فعلت واشتريت

ودفعت إليه يقبل، وإن كذبه المريض؛ لأنه أمين ادعى تحقيق الأمانة فيكون القول له.

وكذلك لو وكله المريض ببيع هذا المال ثم مات فقال: بعت واستوفيت الثمن ودفعته إلى المورث، أو قال: ضاع الثمن، فإن كان المريض حيًا يصدق؛ لأنه بقي على وكالته، فإذا قال: بعت فقد حكى أمرًا يملك استئنافه فيصدق، وإن كان ميتًا لا يصدق إن كان المبيع قائمًا؛ لأنه انعزل بموت الموكل وصار المال ملكًا للورثة فهو بهذا الإقرار يريد إبطال حقهم عن المبيع وهم ينكرون فيكون القول لهم، وإن كان المبيع مستهلكا يصدق؛ لأن الورثة يدّعون عليه الضمان وهو ينكر، ولو كان على المريض دين وهو حي لا يصدق وإن صدقه المريض؛ لأن إقراره كإقرار المريض، ولو أقر المريض بالاستيفاء وعليه دين الصحة لا يصح إقراره، فكذا إذا أقر الوكيل أقر الوارث بأنه كان للمورث وديعة في يده ودفع إلى الورثة أنصباءهم بعد موته يصدق غير أن النصيب الذي في يده بينه وبين الورثة إن حلفوا أنهم لم يقبضوا؛ لأنه لا يصدق في براءة نفسه عن الضمان؛ لأنه بقي مودعا بعد موته، والأمين يصدق في دعوى الخروج عن الأمانة بالدفع إلى من إليه القبض، ولا يصدق فيما يدعي من وصول أنصبائهم إليهم واستخلاص المدعِي لنفسه؛ لأنه يدعي وهم ينكرون ذلك.

(**الجامع**): أصله أن إقرار الوكيل متى تضمن نفعًا للوارث لا يصح لوجود التهمة ومتى تضمن نفعًا للأجنبي يصح لانتفاء التهمة؛ لأنه قد يؤثر بعض الورثة على البعض لزيادة المحبة ولا يؤثر الأجنبي على الورثة في العادة.

ثم المسائل على فصلين. **أحدهما**: في الوارث باستيفاء بدل ما ليس بمال، **والثاني**: في الإقرار باستيفاء بدل ما هو مال.

(فصل)

مريض مديون أقر باستيفاء بدل ما ليس بمال كأروش الجراحات ودية قتل عبده خطأ ثم مات ولا مال له غيرها يصدق؛ لأن حق الغرماء لم يكن متعلقًا بالمبدل ولا يتعلق بالمبدل، وكذلك مريضة عليها دين الصحة أقرت باستيفاء مهرها وقد تزوجها في مرضها أو في الصحة ثم طلقها ولم يدخل بها وماتت ولا مال لها سوى هذه

الألف فالألف لغرمائها والزوج بريء من المهر، ولا يصرف من الغرماء بنصف المهر؛ لأن إقرارها بالاستيفاء صح في حق براءته من المهر دون إثبات الشركة في مالها مع غرمائها؛ لأن إقرارها بذلك للزوج صادف حالة المرض، ودين الصحة مقدم على دين المرض فلا يصح إقرارها في دينهم في حق إثبات الشركة، وكذلك لو تزوجها في مرضها ودخل بها فأقرت بالاستيفاء ثم طلقها وانقضت عدتها؛ لأن وقت الموت ليس بوارث لها، ولو طلقها بائنًا بعد الدخول ثم أقرت والعدة باقية لم يصح إذا كان عليها دين؛ لأن النكاح قائم من وجه في حق الإرث ما دامت العدة باقية لما عرف فكان وارثًا لها عند الموت، وإقرار المريض باستيفاء دين وجب له على الوارث لا يصح وكان بدلًا عما ليس بمال وإن استوفى الغرماء الدين صح الإقرار بالدين إلى قدر الإرث قيل هذا عند أبي حنيفة وعندهما يصح بجميع ما أقرت به على ما مر في الطلاق.

(فصل)

غصب من مريض عبدًا فأبق من يده وقضي له بالقيمة في المرض فأقر باستيفائها لم يصح؛ لأنه دين وجب بدلًا عما هو مال في حالة المرض فتعلق به حق الغرماء فلا يصدق في استيفائه في حق غرماء الصحة، وإن كان الغصب في الصحة والمسألة بحالها صح الإقرار، وإن ظهر العبد لم يصح الإقرار؛ لأن العبد إذا لم يظهر لم تصل يد المالك إليه فتقرر الضمان عليه من وقت الغصب لتقرر الهلاك من ذلك الوقت، وفي الوقت كان المالك صحيحًا فكان هذا دين الصحة فصح الإقرار بالاستيفاء فإذا ظهر لم يتقرر الضمان من وقت الغصب لعدم تقرر الهلاك من ذلك الوقت وإنما تقرر عند القضاء فكان هذا دين المرض فلم يصدق في استيفائه.

ولو قال المريض المديون لرجل: اشتريت مني عبدًا في صحة وقبضته واستوفيت الثمن وصدقه المقر له يصدق ولم يكن للغرماء عليه سبيل؛ لأن العبد إذا لم يكن معروفا أنه كان للبائع لا يتعلق به حق الغرماء؛ لأن حق الغرماء لا يتعلق بعبد لا يدرى أكان للبائع أم لا.

وكذلك لو قال الرجل: كانت بيني وبينه خلطة أو معاملة فوجب لي عليك ألف فقبضتها، فإن كان العبد ظاهرًا أنه كان للبائع لا يصدّق؛ لأنه تعلق به حق الغرماء إلا إذا مات في يد البائع أو المشتري قبل مرض البائع يصدق لا باستيفاء بوجود البيع في حالة الصحة لاستحالة وجوده بعد موت العبد فكان هذا دين الصحة، وإن كان المبيع في يد البائع فقال المشتري أودعني بعد الشراء والقبض لم يصدق المريض فيقال للمشتري انقد الثمن واقبض المبيع أو انقض البيع؛ لأن البيع ظهر للحال تحقيقًا فلا يصدقان في إسناد البيع إلى حالة الصحة توهمًا لما فيه من إبطال حق الغرماء. مريض عليه دين الصحة أقر بثمن عبد باعه في حالة الصحة وسلمه يصدّق، فإن مات ورد المشتري العبد بقضاء فهو أولى بالعبد؛ لأنه بمنزلة ما لو كان المبيع في يد البائع وقد مات مفلسًا فالمشتري أحق به حتى ليس له أن يأخذ دينه من تركته سوى العبد؛ لأن إقرار المريض لم يصح في حق ثبوت مشاركته غرماء الصحة، فإن رده على المريض أو على الوصي بغير قضاء لا يكون أحق به وصرف الغرماء في ثمنه بديونهم وهو بالثمن؛ لأن تقدمه على الغرماء ما كان بسبب يده القائمة على المبيع وقد أبطلها باختياره فصار غرماء الصحة أسوة له في ثمن العبد.

ولو أقر المريض البائع أنه كان أبرأ المشتري من الثمن في صحته لم يصح؛ لأنه لا يصدق في إسناد الإبراء إلى حالة الصحة بحق الغرماء والورثة وجعل كأنه أنشأ الإبراء للحال.

أقر المريض أنه أعتق عبده في حالة الصحة لم يصح؛ لأن الإقرار بالعتق تبرع كالهبة والإبراء ولا كذلك الإقرار بالاستيفاء حيث يصح؛ لأنه ليس تبرع.

(باب إقرار العبد التاجر والمكاتب في المرض)

(**المبسوط**): عبد تاجر مديون مريض أقر بقبض دين له على مولاه لا يصح، ولو لم يكن مديونًا يصح؛ لأنه متى كانت أكسابه مشغولة بدينه يضمن إقراره إبطال حق الغريم فهو متهم فيه لاحتمال أنه أقر للمولى ليرجع كسبه إليه. عبد تاجر مريض أقر بدين لأربعة نفر لكل واحد بألف فباعه القاضي في دينهم فاشترى أحدهم بدين وقبضها

وكيل القاضي وهلكت عنده وأعتق المشتري العبد ثم مات المشتري وأخذ الغرماء وارثه وقد اكتسب العبد مالًا في مرضه ثم مات يقسم المال بين الثلاثة الباقين يضرب كل واحد بدينه ولا يضرب الوارث بدين المعتق ولا يبطل دين الوارث لأن ببيع العبد انتقلت الديون من رقبة العبد إلى الثمن؛ لأنه يجب قضاؤها من الثمن، فإذا ملك العبد وهو فارغ عن الديون بأسرها فلا يسقط دينه فيقسم الثمن بينه وبين جميع أرباب الديون، فإذا هلك الثمن عند الأمين عاد الدين إلى رقبة العبد والعبد في ملكه فسقط دينه وتبقى ديون سائر الغرماء في رقبة العبد على حالها؛ لأن وكيل القاضي نائب عنه لا عن الغرماء في القبض فلا يكون قبضه كقبضهم فيقسم اكتسابه الحرية بين الغرماء الثلاثة؛ لأن دين المشتري ساقط وديونهم باقية ولا يبطل دين الوارث لأنه حين أقر العبد بالدين له لم يكن وارثًا وإنما صار بعقد العتاق بالولاء فيقتصر على الحال فلا يظهر أن الإقرار حصل للوارث فلا يبطل مكاتب لا دين عليه وله على مولاهُ طعام والمكاتبة دراهم فأقر باستثناء الطعام ثم مات عن وفاء ورثة صدّق، وإن كان عليه دين يحيط بماله لم يصدق؛ لأنه إذا مات عن وفاء فقد مات حرًا، فإن كان وارثه هو المولى يتضمن إبطال حق غيره من الورثة، وإن كان وارثه غير المولى فقد حصل إقراره للأجنبي، وإن كان عليه دين فقد مات عاجزًا رقيقًا فظهر أنه حين أقر لمولاه كان عبدًا وعليه دين فلم يصح. أقر المكاتب المريض لولده الحر بدين ثم مات لا عن وفاء أو ترك وفاءً بالدين دون المكاتبة جاز إقراره، وإن ترك وفاء فإقراره باطل؛ لأنه مات حرًا في آخر جزء من حياته والحر يرث من الحر فحصل إقراره للوارث لابن الابن كان وارثًا وقت الإقرار، فإذا مات المكاتب عن وفاء صار اكتسابه ملكًا له من ذلك الوقت فظهر أن الإقرار كما وقع للوارث، وإذا مات عاجزًا فقد مات عبدًا، والحر لا يرث من العبد فحصل الإقرار لغير الوارث.

(الجامع): أصله: أن الديون متى اجتمعت في التركة وضاقت التركة عن إيفائها تبدأ بالأقوى فالأقوى؛ لأن الأوهى لا يعارض الأقوى بل يترجح عليه الأقوى لزيادة القوة في الوكادة، وإذا استويا في القوة والوكادة قسمت بين الكل على قدر حقوقهم لاستوائهم في الحجة والوثاقة.

ثم المسائل على فصلين:

أحدهما: في إقرار المكاتب لمولاه ولأجنبي.

والثاني: في إقراره لمولاه ولابنه.

(فصل)

أقر المكاتبة بقرض ألف لمولاه وألف لأجنبي وعليه ألف كتابة ومات عن ألفين بذي يد من الأجنبي ثم بالمكاتبة؛ لأن دين الأجنبي أقوى فيقدم الأقوى على الأوهى ثم بالكتابة؛ لأنه يحتال لتعجيل العتق فيبرأ له ما أمكن لما فيه من تخليص العبد عن ذل العبودية ومنقصة المملوكية، وهذا أمكن تعجيل العتق بأن يصرف الألف الباقية إلى المكاتبة بعدما استوى الدينان في الوكادة؛ ولأنا متى صرفنا الألف الباقية إلى دين القرض للمولى في الابتداء يبطل في الانتهاء؛ لأنه يموت عاجزًا فيموت عبدًا فيسقط دين المولى وكان في تصحيح القضاء من الدين في الابتداء إبطاله في الانتهاء فصرفناها إلى الكتابة قصرًا للمسافة.

فإن ترك فضلًا على ألف أخذه المولى بالدين إلا أن يكون الإقرار في المرض والمولى وارث؛ لأنه حينئذ يكون إقرارًا لوارثه في مرض موته فلا يصح.

كاتب عبدهُ على ألف فأقر لمولاه بألف ولأجنبي بألف ثم مرض وفي يده ألف فقضاه من المكاتبة ثم مات ولا مال له غيره مات حرًا ويكون ثلثا هذه الألف لمولاه وثلثها للأجنبي؛ لأن المكاتب لما أدى الكتابة صح الأداء وعتق إلا أنه لما مات مديونا فسد القضاء؛ لأنه ظهر أن حق الأجنبي كان متعلقًا به والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض فبقي حرًا كما لو غصب المكاتب ألفًا أو أداها إلى المولى أعتق لوجود شرطه ثم المستحق إذا لم يجز وانتقض القضاء لم يبطل العتق فكذا هذا فقد مات حرًا وعليه ثلاثة آلاف وقد استوت الديون في الوكادة والوثوقة؛ لأن دين المولى بعد الحرية لا يسقط بحال لدين الأجنبي فيقسم بينهما بالحصص.

ولو قضاها المولى من الدين أو لم يقض بها ومات عنها فالأجنبي أحق بها؛ لأن المكاتب مات عبدًا؛ لأنه مات ولم يترك وفاء بالمكاتبة فيفسخ الكتابة بالعجز

فيعود رقيقًا، ولا يجب للمولى على عبده دين فبطل ولا يمكن أن يجعل ما أدى إلى المولى عن المكاتبة احتيالا لتحصيل العتق؛ لأنه نص على أنه قضاء عن الدين لا عن المكاتبة ويعتبر تنصيصه وتبديل تصريحه لا يجوز.

في يد المكاتب مائة دينار أقر بأنها وديعة المولى وهو مريض ثم أقر بألف لأجنبي ثم مات عن ألف ومائة دينار قضي دين الأجنبي أو لا وقضي من المائة الدينار الكتابة، فإن فضل شيء من الكتابة فللمولى إلا أن يكون وارثًا كما بينا. مرض المكاتب وعليه ألف لأجنبي فأقرضه المولى ألفًا معاينة فسرقت منه وفي يده ألف أخرى فقضاها المولى ثم مات فالمولى أحق بها؛ لأن المريض غير محجور عن الاستقراض والمبايعة وقضاء ديونه؛ لأنه لو صار محجورا عن ذلك لمات جوعًا أو عري؛ لأن الناس لا يقرضونه ولا يبايعونه مخافة أنه لا يصح قضاء ما وجب عليه فصح قضاؤه من المولى وصار ملكًا له فلا يبطل بانفساخ الكتابة من بعد.

مكاتب مريض أقر لأجنبي بألف ثم مات وترك ألفًا وعليه ألف كتابة فالأجنبي أولى من الكتابة؛ لأن دين الأجنبي، وإن كان دين المريض والمكاتبة دين الصحة فوجب أن يقدم الكتابة، ولكن دين المريض إنما وجب على المكاتب برضاء المولى؛ لأنه لما كاتبه فقد سكت على الإقرار فلو بطل حق المولى إنما يبطل برضاه وإبطال الحق برضاء من له الحق جائز، وإذا صح إقراره للأجنبي فهو أحق بالألف من المولى؛ لأن دينه آكد وأقوى من دين المولى، فإنه لا يسقط بكل حال ودين المولى يسقط بالعجز، ولهذا صحت الكفالة عن المكاتب بدين الأجنبي ولم يصح بدين المولى ولا تجب الزكاة في بدل الكتابة؛ لأن الملك فيه ناقص فيقدم الأقوى على الأوهى والأعلى على الأدنى، كاتبه على ألف وأقرضه ألفًا في صحته ثم مات عن الواحد من الكتابة، فإن ترك زيادة أخذها من القرض.

(فصل)

كاتبه على ألف وله ابنان حران فأقر لأحدهما بدين ألف وللمولى بدين ألف ثم مات عن ألفين أحدهما لِلمولى لأنا متى أعطينا ألفًا من دين الابن يبقى للمكاتب ألف فتصرف إلى الكتابة لا إلى الدين كما بينا فيموت حرًا فيبطل إقراره للابن؛ لأنه

يصير وارثًا له ويكون المولى أجنبيًا فكانت البداية من دين المولى أولى، وإن ترك أقل من ألفين بدأ بدين الابن؛ لأنه مات عبدًا؛ لأن ألفًا منهما مستحقة بالدين إما بدين الابن إن مات عبدًا أو بدين المولى إن مات حرًا، والمستحق بالدين معدوم حكمًا كالماء المستحق بالعطش فيموت عاجزًا عبدًا.

(باب إقرار الوارث والغريم بالدين على مورثه أو بالاستيفاء)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في الإقرار لواحد.

والثاني: في الإقرار لاثنين.

والثالث: في اختلاف الورثة وتصديق المدعِي على أبيهم.

(الفصل الأول)

صحيح مديون أقر أن على ابنه ألف درهم وفي يده دار لأبيه ثم مرض ثم مات الأب فدينه في صحته أولى بها؛ لأن إقراره على أبيه إنما ينفذ بعد انتقال التركة إليه والتركة انتقلت إليه في مرضه فصار كأنه أقر في مرضه، ولو أقر في مرضه تقدم دين الصحة فكذا هذا، ولو أقر في صحته بدين ابنه بعد موت الأب فدين ابنه أولى؛ لأن إقراره قد نفذ فصح مطلقًا لصدوره منه في صحته بعد انتقال التركة إليه فيظهر دين الأب مطلقًا وهو مقدم على الإرث. مريض لا دين عليه أقر على ابنه بدين وفي يده تركة ابنه يصح وهو بمنزلة الإقرار على نفسه. التركة ألف فاقتسمها الاثنان فأقر أحدهما بدين خمسمائة على الميت وقضى به ثم أقرا بألف يقضي عليهما أثلاثًا؛ لأن الإقرار الأول بخمسمائة قد صح؛ لأنه لاقى خالص حقه فلم تبق هذه الخمسمائة موروثة؛ لأنها صارت مستحقة بالدين وبقيت الخمسمائة الأخرى موروثة فكأنه ما ورث إلا خمسمائة وصاحبه ورث ألفًا فكانت التركة ألفًا وخمسمائة في يديهما أثلاثًا وأقر الأول بألف ودفع بقضاء ثم أقرا جميعًا بألف ثانية

قضى لصاحبها بالألف التي في يد الآخر ولا يتبع أخاه بشيء؛ لأن الألف المدفوعة إلى المقر له المختلفة فيها كانت مصروفة إلى ديون القاضي الميت في زعم الأول فصار كأنه لم يرث شيئًا فالآخر ورث ألفًا وأنها تركة الميت فيقضى دينه من تركته ولا يرجع على الأول؛ لأنه لم يؤد عن الأول شيئًا وإنما قضى دين الميت؛ ولأن الأول أقر للثاني وليس في يده شيء من التركة فلا يصح إقراره. أقرا أولًا بدين مائة ثم أقر أحدهما للآخر بمائة فالمائة الأولى عليهما نصفان وإن أخذ من أحدهما يرجع على صاحبه بنصفها والمائة الأخرى على من أقر بها خاصة؛ لأنه أقر بها وحده ولا يرجع على أخيه بشيء لتكذيبه، ولو أقر لهذا وحده بمائة ثم أقر الآخر بمائة أخرى كان لِلأول مائة في حصة مقرة والمائة الأخرى في مالهما على تسعة عشر سهما؛ لأن الموروث للمقر له إلا تسعمائة في زعمه؛ لأن المائة المقر بها صارت مصروفة إلى دين الميت ولم تكن موروثة المقر بها صارت مصروفة إلى دين الميت ولم تكن موروثه، والمورث للآخر ألف فصار كما لو ورث أحدهما تسعمائة والآخر ألفًا، وكذلك لو كان الإقرار منهما جميعًا مجتمعًا بأن ادعى رجلان كل واحد على الميت مائة فقالا لهما: صدقتما وقال الأكبر لأحدهما: صدقت وخرج الكلامان معًا.

(**الجامع الصغير**): مات رجل عن ابنين وألف له على غريم فقال أحدهما: قبض أبي منهما خمسمائة والآخر خمسمائة ولا شيء للمقر؛ لأن إقرار المقر بالاستيفاء يصح في حقه دون مورثه واجبة؛ لأنه على غيره فيصدق في حق نفسه وجعل كأنه استوفى خمسمائة.

(**المنتقى**): رجل عليه ألف درهم لرجل فقال الغريم بعد موته: قد قبضت منه الألف في صحّته وقال غرماء الميت: قبضت منه في مرضه، فإن كانت الألف قائمة شاركوه فيها، وإن كانت هالكة فلا سبيل لهم عليها؛ لأنه أقر بأن الألف قائمة مقبوضة منه متعينة وحق الغرماء يتعين بالعين القائمة في يد الورثة فلا يصدق الغريم في إسناده إلى حالة الصحة ولا يتعلق بالألف الذاهبة الفانية عن يدهم.

(فصل)

أقر على ابنه بألف لرجل ودفعها إليه بقضاء ثم أقر بألف أخرى عن ابنه لآخر لم يضمن له شيئًا، ولو دفع إلى الأول بغير قضاء يضمن للثاني خمسمائة؛ لأنه اجتمع في التركة دينان متساويان في الثبوت والوكادة فيشتركان فيها نصفان واستحق الثاني نصف الألف وقد أبلغه على الثاني بالدفع إلى الأول بغير قضاء كما بينا فيضمن نصفها.

ولو قال لفلان: على أبي ألف لا بل لفلان فدفع إلى الأول بقضاء لم يضمن للثاني شيئًا وبغير قضاء ضمن ألفًا مثلها؛ لأن كلمة لا بل لاستدراك الغلط والرجوع عن الأول فصار كأنه أقر للأول ثم رجع عنه وأقر للثاني فصح إقراره للثاني ولا يصح في رجوعه في حق الأول فصارت الألف مستحقة للأول بإقراره وللثاني كذلك، فإذا دفع إلى الأول بغير قضاء فقد أتلف كلها على الثاني فيضمن بخلاف الأول؛ لأنه ما أقر بالألف كلها للثاني؛ لأنه ما رجع عن الإقرار الأول بل أصر وداوم عليه.

ولو قال: لهذا على أبي ألف، ولهذا ألف موصولًا فالألف بينهما، وإن سكت ثم أقر للثاني بها فالأول أولى بها؛ لأنه متى وصل يوقف أول كلامه على آخره لحاجته إلى الإقرار للثاني؛ لأنه متى علم بوجوب الديون على المورث يحتاج إلى البيان ليصل كل ذي حق إلى حقه ولا يقدر على البيان إلا بوصل الإقرار للثاني بالأول ومتى فصل بينهما لا يتوقف إقراره الأول على إقراره الثاني لعدم حاجته إلى البيان قضاء ضمن للثاني خمسمائة كما بينا، ولو قال موصولًا هذه الألف وديعة؛ لأن هذه الحاجة تندفع بالوصل بينهما فصار المقر له الأول مستحقًا للتركة أولًا فإقراره للثاني بعد ذلك يضمن إبطال استحقاق الأول فلم يصح، فإن إعطاء الأول بغير قضاء ضمن للثاني خمسمائة كما بينا، ولو قال موصولًا هذه الألف وديعة لهذا، ولهذا الأجنبي على أبي ألف فهي لصاحب الوديعة وإن بدأ بالدين تحاصًا؛ لأن صاحب الوديعة تعلق بالغبن ينفسخ الإقرار وصاحب الدين يجب حقه في الذمة أولًا ثم بعد الوجوب يتعلق بالعين آخرًا فصار الإقرار بالوديعة سابقًا؛ ولأنه متى بدأ

بالوديعة فقد أقر بوديعة قائمة فصح إقراره فظهر بإقراره أنها لم تكن مال الميت بل كان مال المقر له فإقراره للثاني حصل على الميت ولا مال له فلم يصح ومتى بدأ بالدين فقد تعلق الدين بالعين ثم أقر للثاني بوديعة مستهلكة على الميت فصار ضامنًا متى صار الأب مجهلًا فصار كأنه أقر بالدينين.

ولو قال له رجل: الألف التركة وديعة لي. وقال آخر: لي على ابنك ألف درهم دين فقال صدقهما فالألف بينهما عند أبي حنيفة.

وعندهما: صاحب الوديعة أولى.

لهما: أن الإقرار بالوديعة أقوى وأثبت؛ لأنه يصح لو سبق الإقرار بالدين أو لحق، والإقرار بالدين لو سبق يصح ولو لحق لا يصح فاندفع الأوهى بالأقوى كنكاح الحرة مع نكاح الأمة. له: أن الإقرارين قد صحا ونفذا معًا؛ لأنه توقف نفاذهما على التصديق وتصديقهما وجدا معًا ونفذا معًا وتعلق حقهما بالعين معًا؛ لأن إقرار الوارث إنما يصح من حيث إنه إيجاب في حق العين؛ لأن العين حقه لا من حيث إنه إيجاب دين في ذمة الميت؛ لأنه محجور عنه، ومتى تعلق الحقان معًا صار مقرًا بوديعة مستهلكة؛ لأن صاحب الوديعة لا يتمكن من أحدهما لتعلق حق صاحب الدين بها، والإقرار بوديعة مستهلكة إقرار بالدين فصار كأنه أقر بالدين.

(فصل)

ترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف واقتسموها فادعى أجنبي على أبيهم ثلاثة آلاف درهم وصدقهُ الأكبر فيهما والأوسط في ألفين والأصغر في ألف يأخذ منهم ألفًا أثلاثًا وألفا من الأوسط والأكبر نصفين ومن الأكبر ما بقي في يده عند أبي يوسف.

وعند محمد: يأخذ من الأكبر ألفه ومن الأوسط ألفه ومن الأصغر ثلث ألفه.

لمحمد: أن من زعم الأوسط أن الدين على الميت ألفان وقد وصلت إليه ألف من جهة الأكبر وملك الألف ثلثاها من هاتين الألفين وثلثها من الألف التي تفرد الأصغر بإقرارها فقد وصل إلى المقر له على زعم الأوسط ثلثا الألف من جهته

وثلث الألف من جهة الأصغر فبقي إلى تمام حقه ألف درهم وفي يده ألف والدين مقدم على الميراث.

لأبي يوسف: أنهم تصادقوا على وجوب الألف فيأخذها من كل واحد ثلثها ثم المقر له يأخذ من الأكبر ما بقي في يده؛ لأنه أقر أن التركة مستغرقة بالدين ولا ميراث له والأوسط قد أقر بألفي درهم وقد وصل إلى المقر له ألف من جهتهم جميعًا بقي إلى تمام حقه في زعم الأوسط ألف إلا أن الأكبر يصدقه في ذلك فيتحمل نصفها فيأخذ منه نصفها هذا إذا لقيهم جميعًا، فأما إذا لقيهم متفرقا، فإن لقي الأصغر وحده أولًا يأخذ منه الألف بخلاف ما إذا لقيهم مجتمعًا، فإنه يأخذ منه ثلث الألف، والفرق أن من زعمه أن له على الميت ألف دين ثلثها في يده وثلثاها في يد أخويه؛ لأن الدين يستوفى من كل وارث بقدر ما يخصه من التركة، ففي حالة الاجتماع أمكن أن يأخذ من كل واحد ثلثها فلا يكون له أخذ الكل من الأصغر، وفي حالة التفرق عجز عن أخذ ثلثي الألف من أخويه لعيبهما فله أن يأخذ الكل من الأصغر؛ لأنه من التركة كما لو عجز عن أخذ ثلثي الألف بهلاك ما في أيديهما وإن لقي الأوسط بعده يأخذ منه الألف التي في يده، وكذلك لو لقي الأكبر بعده يأخذ منه ما في يده كله؛ لأن من زعم الأوسط أن له على الميت دين ألفين وقد وصل إليه ألف من جملة الأصغر فبقي إلى تمام حقه ألف وفي يده ألف فيؤمر بتسليمها إليه ولم يذكر في الكتاب أن الأوسط والأصغر هل يرجعان على المقر له بشيء؟ قالوا: ويجب أن يرجع الأصغر بثلثي الألف على المقر له؛ لأنهما اتفقا أن حالة الاجتماع حقه في يد الأصغر في ثلث الألف وإنما أخذ منه ثلثي الألف بغير حق فالأوسط لا يرجع بشيء عند محمد، وعند أبي يوسف يرجع عليه بسدس الألف؛ لأن حق المقر له في خمسة أسداس الألف عند حالة الاجتماع؛ لأنه يأخذ منه مرة ثلث الألف ومرة نصفها ففي حالة الانفراد أخذ زيادة سدس وإن لقي الأكبر أولًا يأخذ ألفه ومن الأوسط بعده يأخذ ألفه ومن الأصغر ثلث ما في يده إذا كان مقرًا، فإن أخويه أقرا له بالزيادة على الألف وإن كذبهما لم يأخذ منه شيئًا؛ لأن من زعمه أن دينه على الميت ألف وقد أخذ ألفين من صاحبه فقد أخذ حقه من التركة

والزيادة فلم يبق له على الميت دين فلم يبق له حق فيما في يده من التركة ومتى كان مقرًّا بأن أخويه أقرا له بالزيادة فقد زعم أن كل واحد منهما قضى من الألف المتفق عليها ثلثها وتبرعا بالباقي على الغريم؛ لأن في زعمه أنهما كاذبين فيما أقرا له بالزيادة فلا تكون الزيادة على الثلثين محسوبة من الدين في زعمه فكان له أن يأخذ من الأصغر ثلث الألف حتى يصل إليه الألف المتفق عليها ثم الأكبر لا يرجع على الأصغر بشيء وكذلك الأوسط عند محمد، وعند أبي يوسف يرجع بسدس الألف؛ لأنه أدى هذا القدر عن دين الميت من ماله وحقه فله أن يرجع بذلك في التركة وفي يد الأصغر تركه ويرجع الأصغر على الغريم بسدس؛ لأنه وصل إلى الغريم من الثلث الذي استحقه على الأصغر سدس من الألف من جهة الأوسط؛ لأنه أخذ منه الألف كلها وإن لقي الأوسط أولًا يأخذ ألفه، فإن لقي الأصغر بعده إن جحد إقرارهما لا يأخذ منه شيئًا وإن صدقهما يأخذ منه نصف الألف؛ لأن في زعمه أنه أخذ من الأوسط ألفًا نصفها من الألف التي أقر بها الأوسط ونصفها من الألف التي أقررت بها له فبقي حقه في نصف الألف وفي يده ألف فيجب تسليم نصفها إليه، فإن لقي الأكبر بعده يأخذ نصف ألفه لما عرف. مات عن ابنين وألفين واقتسما ثم أقر الرجل بألف دين وأقر أحدهما للآخر بألف وكان الإقرار أن منهما معًا يأخذ المتفق عليه من كل واحد منهما خمسمائة لتصادقهما أن دينه على الميت ألف والتركة في أيديهما ويأخذ الآخر من المقر ما بقي في يده؛ لأنه أقر له بألف وأنه أحق بما في يده منه إذ الدين مقدم على الإرث، فإن جاء المقر له المختلف فيه وحده أولًا فأخذ من الأصغر الألف ثم جاء المتفق عليه وأخذ الأكبر يقضى عليه بألفه؛ لأنه عجز عن أخذ ما في يد الأصغر لاستحقاقه لغيره فيأخذ ما في يد الأكبر؛ لأنه من تركة الميت ولا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء؛ لأن كل واحد أدى دين الميت لا دين صاحبه وكان له الرجوع في التركة ولم يبق في يد الأصغر من التركة شيء وزعم أنه لم يكن للمختلف فيه دين على الأكبر لجحوده فلم يؤدّ عن الأكبر شيئًا، وكذلك لو كانت التركة مما يكال أو يوزن والدين مثله؛ لأن قسمة المكيل والموزون إقرار الحق وليست بمبادلة فكان ما أخذ نصيبه خاصة والأصغر بإقراره

أتلف حقه ونصيبه ولم يتلف على صاحبه شيئًا، ولو كانت التركة عبدين فاقتسماهما وأقر الأصغر أن أباهما أعتق ما في يده وأقر الأكبر أنه أعتق من في يده في صحته وكذبه الأصغر والإقرار منهما معًا يضمن الأكبر للأصغر نصف قيمة من في يده؛ لأن القسمة من غير المكيل والموزون معاوضة وليس إقرارًا بعين الحق وكان كل واحد منهما آخذا بالقسمة نصف عين حقه ونصفه عوضًا عما تركه على صاحبه، فلما تصادقا على حرية من في يد الأصغر فقد تصادقا على أن الأكبر أخذ نصف العبد من الأصغر بنصف الحر، والمعاوضة بالحر باطلة فيجب على الأكبر رد نصف العبد الذي كان في يده وقد عجز عن رده فعليه رد قيمته، فإن قيل يجب أن لا يضمن الأكبر؛ لأن المقبوض كان بدل الحر وبدل الحر في المعاوضة أمانة عند القابض قلنا بدل الحر مضمون على القابض في بعض الروايات أمانة وفي بعضها وقد مرت في البيوع وهذا محمول على هذه الرواية.

(**الزيادات**): أصله أن إقرار بعض الورثة بالدين عند تكذيب شريكه يلزم في نصيب المقر دون نصيب شريكه؛ لأنه يصدق على نفسه ولا يصدق على غيره مات عن ابنين وألف دين على رجل فقال الغريم قبض مني الميت خمسمائة فصدّقه أحدهما وكذبه الآخر يأخذ المكذب خمسمائة ولا يشاركه الآخر فيها؛ لأن المصدق لما أقر باستيفاء الميت خمسمائة فقد أقر بوجوب خمسمائة للغريم على الميت؛ لأن الديون بقضاء بأمثالها لا بأعيانها فيصير المقبوض بجهة قضاء الدين مضمونًا على القابض، ثم يتقاصان وإقرار الوارث بالدين على الميت صحيح في نصيبه خاصة. أقر المريض بعبد في يده قيمته ألف ثم باعه من ابنه هذا في صحته بألف وقبض الثمن واستهلك العبد وديعة في يده وصدقه المقر له وأحد إخوته دون الآخر ففي قياس أبي حنيفة يأخذ المنكر ثلث العبد وثلثاه الابن المقر له بيعًا بثلثي الثمن وله الخيار وعندهما العبد كله للمقر له؛ لأن عندهما بيع المريض من وارثه بمثل قيمته صحيح فقد أقر بما يملك إنشاءه ولكن إقراره بقبض الثمن غير صحيح في حق المكذب فيأخذ ثلث الثمن نصيبه من الميراث وعنده بيع المريض من وارثه غير صحيح فقد أقر بما لا يملك إنشاءه فلا يصح ففي حق المكذب العبد ميراث

من الميت قبلت العبد له وثلثاه يكون بيعًا للمقر له لتصادق الإخوان على البيع منه في الصحة وقد تفرقت الصفقة عليه فله الخيار.

(باب إقرار الوارث بوارث آخر)

(المبسوط): أصله: أن إقرار المقر حجة على نفسه؛ لأنه مصدق في حق نفسه غير حجة على غيره إلا بتصديقه؛ لأنه متهم فيه ولأنه يعارضه قول الغير ولأنه شهادة على الغير وشهادة الفرد لا تقبل، كمن اشترى عبدًا فأقر بأن البائع كان أعتقه وكذبه البائع يعتق على المشتري دون البائع حتى لزم الثمن كما قلنا. ويشترط لصحة الإقرار تصديق المقر له ليصير حجة في حقه ويصير كونه منه وأن لا يكون معروف النسب من غيره فالحكم يكذبه ويصح إقرار الرجل بأربعة نَفَرٍ الأب والولد والزوجة ومولى العتاقة؛ لأن موجب الإقرار بالبنوة والأبوة يلزم المقر خاصة وموجب الإقرار الزوجية والولاء يلزمهما لا يعدوهما فثبت بتصادقهما ويصح إقرار المرأة بذلك سوى الولد؛ لأن موجب إقرارها بالبنوة لا يقتصر عليها بل يتعدى إلى الأب؛ لأن النسب من الأم ثبت تبعًا لثبوته من الأب لقوله تعالى: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ﴾ [الأحزاب: ٥]، ولهذا كانت النفقة على الأب دون الأم فكان الأب هو الأصل في ثبات النسب فكانت المرأة مقرة بالنسب على غيرها فلا يصح إلا بتصديقه ولا يصح إقراره بالأخوة والعمومة وغيرهما من القرابة في حق ثبات النسب حتى لا يثبت النسب من ذلك الغير وجعل المقر له وارثًا للمقر وهو مقدم على بيت المال؛ لأن هذا يتضمن إقرارًا بالنسب على الغير وإقرارًا بالوصية للمقر به معنى؛ لأن المقر زعم أن ماله للمقر به بعد موته بغير عوض وإقراره بالنسب على الغير لا يصح وبالوصية يصح، ومن أقر بمن يصح إقراره له لا يملك الرجوع عنه؛ لأن النسب متى ثبت لا يبطل بالرجوع ومن أقر بمن لا يصح إقراره له يملك الرجوع؛ لأنه إقرار له بالوصية معنى والإقرار بالوصية يملك الرجوع عنه ومن أقر بمن لا يصح إقراره له وصدقته ورثته يعتبر وارثًا له؛ لأنه ثبت استحقاق المال له بتصادقهم وإن كذبته ورثته فلا شيء له؛ لأن حق الورثة تعلق بماله في مرضه واستحقوا جميع المال بعد موته فيكون إقراره يعدو إلى الورثة ببطلان حقهم وهذه ليست بوصية حقيقة فلا تنفذ إلا بتصادقهم.

(المنتقى): رجل مات وترك أبوين وامرأة فأقرت المرأة بابنين وصدقها الأب في أحدهما وكذبها في الآخر فالفريضة على ثمانية وأربعين؛ لأن المرأة تزعم أن لي الثمن ستة وللأبوين الثلثان ستة عشر ولكل ابن ثلاثة عشر والأب يزعم أن للمرأة ستة وللأبوين لكل واحد ثمانية سدسان وما بقي فللابن والأم تقول إلى الربع اثني عشر؛ لأن لها ثلث ما بقي حال عدم الولد فيأخذ الربع اثني عشر وهو ثلث ما بقي بعد فرض الزوج في يد الأب نصف المال أربعة وعشرون وفي يد المرأة اثني عشر فيكون في يد الأب ضعف ما في يدها فيضرب الابن المصدق فيما في يد المرأة بثلث حقه وذلك أربعة وثلث ويضرب المرأة بستة والابن المكذب بثلاثة عشر فيقسم ما في يدها على ذلك فما أصاب الابن المصدق ضمه إلى ما في يدي الأب فيقاسمه على سهام الابن وهي ستة وعشرون على سهام الأم وهي ثمانية.

(باب إقرار الوارث بوارث بعد الوارث)

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: في إقرار وارث بوارث ولديه بقية الورثة.

والثاني: فيما إذا صدق بعض الورثة ولديه البعض.

والثالث: فيما إذا مات بعض الورثة فأقر واحد بوارث.

(فصل)

أصله: أن الوارث المعروف إذا أقر بوارث آخر لم يصدّق في إثبات نسبة لما فيه من حمل النسب على الغير ويصدق في حق استحقاق الميراث حتى شاركه فيما في يده من الميراث؛ لأنه إقرار باستحقاق المال على نفسه فنفذ إقراره في حقه، وإن لم ينفذ في حق نسبه وأصل آخر إذا أقر بعض الورثة بوارث وكذبه الآخرون فالميراث يقسم بين المعروفين ثم ينظر إن كان المقر به أخًا فله نصف ما في يد المقر، وإن كانت أختًا فلها ثلث ما في يده، وإن كانت امرأة فلها سهمان من تسعة؛

لأن المقر زعم أن الميت مات عن امرأة واثنين فالفريضة من ثمانية للمرأة سهم بقي سبعة انكسر على اثنين فأضعفه فصار ستة عشر للمرأة سهمان ولكل ابن سبعة فاطرح من ذلك نصيب الجاحد؛ لأن استوفى حقه وزيادة بقي سبعة للمقر وسهمان للمرأة فيقسم ما في يد المقر على تسعة ومتى أخذت بمن ما في يده كان التاوي بجحود الجاحد وذلك نصف ثمن المال كله تاويًا على المرأة وهذا ظلم وإجحاف بها، وإن كانت أمًّا أو جدة أم الأم فيقسم ما في يد المقر على سبعة سهمان للأم وخمسة للمقر وقال مالك وابن أبي ليلى للأخ المقر به ثلث ما في يد المقر وللأخت خمس ما في يده وللمرأة ثمن ما في يده وللأم سدس ما في يده.

والصحيح قولنا؛ لأن في زعم المقر أن حقي وحق المقر به على السواء إلا أن بقية الورثة قد ظلموا حيث كذبونا وأخذوا زيادة على حقهم فيكون ذلك في معنى التاوي والهلاك فيكون التاوي عليهما والباقي بينهما بالتسوية؛ لأن الأصل أن ما توي من المال المشترك يتوى على الشركة وما بقي على الشركة وفيما قالا التوى كله على المقر وهو ظلم وجور. مات وترك ابنًا ومالًا فأقر الابن لرجل أنه أخوه لأبيه يأخذ نصف ما في يده، وقال الشافعي: لا يصح إقراره في حق المال وقوله مخالف لإجماع السلف، فإن السلف أجمعوا على أن إقراره جائز في حق المال. وإن اختلفوا في كيفيته وكل قول هو مخالف لإجماع السلف فهو قول مهجور باطل بمقابلة قول الجمهور ولأن إقراره يحمل النسب على الغير إن لم يصح ولكنه إقرار باستحقاق الميراث وإثبات الشركة للمقر به فيما في يده فيصح؛ لأنه إقرار بالمال على نفسه، وإن كان دفع النصف إلى الأول بقضاء ثم أقر بأخ آخر وتكاذب الأول والثاني أعطى الثاني نصف ما في يده، وإن كان دفعه بغير قضاء أعطى الثاني ثلثي ما في يده؛ لأن المدفوع بقضاء يعتبر هالكًا وتاويًا؛ لأن حد الهلاك ما تقاصرت يده عنه وانسد طريق الوصول إليه وهذه بهذه المتانة؛ لأنه مجبور على دفعه من جهة القاضي فكان معجوزًا عنه وكان في معنى الهالك والتاوي لا يصيغه فصار كأن مال الميت ما بقي في يد المقر والمدفوع بغير قضاء صار مستهلكا بفعله فصار ضامنًا قدر حق المقر به الثاني فيجعل كالقائم في يده لقيام بدله وهو الضمان، فإن

كان ما بقي في يده بقي بجميع حق الثاني دفع إليه وإلا يغرم الزيادة؛ لأنه لو كانت التركة قائمة حقيقة في يد المقر كان للمقر به ثلثي ما في يد المقر وهو ثلث الكل فكذا إذا كانت التركة كلها في يد المقر قائمة حكمًا واعتبارا فيقسم المال على سهامهم ثم يطرح نصيب الأول؛ لأنه استوفى حقه، فإن دفع النصف إلى الأول بلا قضاء والثلث إلى الثاني بقضاء ثم أقر بأخ آخر أعطاه ما في يده وضمن له ثلث سدس المال أيضًا؛ لأن النصف مدفوع بغير قضاء فيعتبر قائمًا في يده والثلث مدفوع بقضاء فيعتبر هالكًا فكان القائم في يد المقر ثلثي المال حكمًا فيكون مقرًا له بثلث الثلثين فانكسر الثلثان بالثلث وأقل حساب له ثلث ولثلثيه ثلث تسعة وقد وقع الثلث إلى الثاني بقضاء فيجعل كالهالك وخرج عن الوسط بقي ستة بينهم أثلاثًا لكل واحد ثلثي الثلث وهو تسعا الجميع وبقي في يد المقر سدس الجميع وهو تسع ونصف تسع يعطيه ذلك ويغرم نصف تسع حتى يصير له تسعا الجميع؛ لأن سدس ماله سهم ونصف فنصف سهم يكون ثلث سدس ماله، ولو صدقه الأول في الثالث وكذبه في الثاني وكذب الثاني فيهما أخذ الثالث نصف ما في يد المقر ويضمه إلى الأول فيقسمانه نصفين عند أبي يوسف هكذا ذكره محمد وهو الصحيح بخلاف ما لو كان للميت ابنين معروفين فأقر أحدهما بابن ودفع إليه نصف ما في يده بقضاء ثم أقر بابن آخر وصدقه الأخ المعروف في الثاني وكذبه في الأول فالمقر به الثاني يأخذ خمسي ما في يده عنده والفرق له أن هذا أقر بثلاث بنين للميت وقد صح إقراره بالأول والثاني في حق الثالث؛ لأن إقراره بهما كان قبل إقراره للثالث فصار كأنه أقر بالكل معًا في حق الثالث فيكون للثالث الربع لو كان جميع التركة قائمًا في يده، فإذا هلك خمسة أسداسها؛ لأنه دفع نصيب الأول والثاني بقضاء فصار كالتاوي بآفة سماوية ولا يعتبر قائمًا فبقي السدس في يده فكان له ربع ما في يده إلا أنه يطرح نصيب الأول والثاني لأنهما استوفيا حقهما بقي حقه في متهم وحق المقر في سهم وفي تلك المسألة الباقي يد المقر ثلاثة أسهم فيكون بين المقر والمقر به المجحود نصفان لكل واحد منهما سهم ونصف فيطرح نصيب المجحود؛ لأنه استوفى حقه بقي حق المقر به في سهم ونصف وحق

المقر به الثاني في سهم فأضعف ليزول الكسر فصار خمسة للمقر به سهمين وللمقر ثلاثة، وعند محمد يأخذ من المقر ثلث ما في يده فيضمه إلى الأول ويقسمانه نصفين؛ لأن المقر برئ عن ضمان النصف المدفوع إلى الأول لما صدقه الثالث في الأول فصار كالمدفوع بقضاء فيعتبر تاويا فبقي النصف في يد المقر دفع ثلثه إلى الثاني بقضاء فجعل كالهالك حكمًا فقد هلك خمسة أسداس التركة وبقي في يد المقر سدسها، ثم المقر يقول للثالث لما صدقه الأول فيك فقد يحمل عني نصف حقك فبقي حقك في نصف سهم وحقي في سهم فيأخذ ثلث ما في يده ويضمه إلى ما في يد الأول فيقسمانه نصفين لأنهما تصادقا أنهما اثنان وحقهما في الميراث سيان ولولديه الأول فيهما وصدقه الثاني في الثالث أخذ الثالث من المقر جميع ما في يده وهو سدس جميع المال فيضمه إلى ما في يد الثاني وقسماه نصفين؛ لأن النصف دفع إلى الأول بغير قضاء فصار ضامنًا له فصار كالقائم في يده ودفع الثلث إلى الثاني بقضاء فصار كالهالك فبقي في يد المقر ثلثا التركة فصار مقرًا للثالث بثلث الثلثين وثلث الثلثين تسعا الجميع وفي يده سدس جميع المال وذلك تسع ونصف تسع فيجب أن يعطيه ذلك ويغرم نصف تسع كما في المسألة المتقدمة إلا أنه لا يغرم هنا؛ لأنه يقول لما صدقني الثاني في الثالث فما أخذت مني تقاسم مع ما في يد الثاني وفي يده ثلاثة أسهم، فإذا ضممت إليه تسعًا ونصف يصير أربعة ونصف تسع فيصل إليك أكثر مما أقررت لك ولا أغرم شيئًا بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه لا يصل إليه نصف تسع من جهة غير المقر فيغرم له نصف تسع.

(فصل)

أصله: أن أول القسمة يكون مع المختلفين وآخرها مع المتفقين إذا كان المتفقين أكثر من المخالفين، وإن كان المخالفين أكثر أو كانا سواء فالبداية من المقر؛ لأن المتفقين متى كان أكبر تحت إدخال المقر تحت القسمة الثانية إذا كانت البداية من المقر.

ثم المسائل على ثلاثة أقسام:

أحدها: إذا كانت الورثة كلهم بنون.

والثاني: إذا كانوا بنين وبنات.

والثالث: إذا كانوا بنين وزوجات.

أما القسم الأول: رجل مات وترك ابنين فأقر أحدهما بابن للميت ودفع إليه نصف ما في يده بقضاء ثم أقر بابن آخر وصدقه أخوه المعروف في الثاني وكذبه الأول والثاني بأخذ خمسي ما في يد المقر ويضمه إلى ما في يد المصدق ويقسمانه نصفين، وإن دفع إلى الأول بغير قضاء فالثاني بأخذ ربع ما في يده ويضمه إلى ما في يد المصدق فيقسمانه نصفين وهذا عند أبي يوسف.

وعند محمد: إن دفع بقضاء يعطيه ثلث ما في يده، وإن دفع بغير قضاء يعطيه خمس ما في يده.

لأبي يوسف: أنه متى أعطاه بقضاء فقد زعم المقر أن البنين أربعة والمال بيننا أربعًا، وإذا كان في يدي ربع المال يكون لك وهو المصدق ربع ما في يده تبقى في يدي ثلاثة أسهم بيني وبين المقر له المجحود نصفان لكل واحد سهمان ونصف إلا أن المجحود استوفى نصيبه من جهتي فيطرح نصيبه بقي حقي في سهم ونصف وحقك في سهم فأضعف ليزول الكسر فصار خمسة فيكون للابن المصدق خمسي ما في يده، وإن دفع بغير قضاء فالمدفوع إلى المجحود يجعل كالقائم في يد المقر فلا يكون المجحود مستوفيا نصيبه حكمًا ولا يمكن طرح نصيبه فكان للمصدق سهم من أربعة مما في يد المقر.

لمحمد: أنه متى دفع بقضاء فقد زعم أن المقر به الثاني ثالث ثلاثة؛ لأن المصدق غير معتبر في حق المقر؛ لأن ما في يده كالتاوي ولم يبق للمقر معه شغل لا أخذًا ولا إعطاء فيجعل كالمعدوم في حق المقر والمقر به الأول معتبر في حق المقر؛ لأنه إنما ثبت استحقاقه بإقراره وإقراره به كان سابقًا فكأنه أقر بهما معًا فلا بد من اعتبارهما فصار كأن البنين ثلاثة في حق المقر فصار مقرًا لكل واحد بسهم من ثلاثة إلا أن المجحود استوفى نصيبه من جهتهم فيطرح نصيبه فصار ما في يدي

بيني وبينك نصفان لو لم يصدقني أخي فيك، فإذا صدقني قبل فقد يحمل عني نصف حقك بقي حقك في نصف سهمٍ وحقي في سهمٍ وحق المجحود في سهم فلك نصف سهم من سهمين ونصف فأضعف ليزول الكسر فصار بخمسه فلك سهم من خمسة، وإذا ترك ابنين ومالًا فاقتسماه نصفين ثم أقر الأكبر بأخوين له من أبيه وصدقه الأصغر في أحدهما وكذبه في الآخر والمقر بهما تكاذبا فيما بينهما فعند أبي يوسف الابن المتفق عليه يأخذ من المقر ربع ما في يده فيضمه إلى ما في يد المصدق فيقسمانه نصفين ثم ما بقي في يد المقر يقسم بينه وبين الابن المجحود نصفان، وعند محمد يأخذ المتفق عليه خمس ما في يد المقر ويضمه إلى ما في يد المصدق ويقسمانه نصفين وحجتهما قد مرت فقد بدأ بالقسمة هاهنا من المقر؛ لأن المخالف هنا أكثر من المتفق، فإن قضاء حق المقر بهما فيما بينهما فالمتفق عليه يأخذ من المصدق ثلث ما في يده فبدأ بالقسمة هنا فقد زعم أن الإخوة ثلاثة فيكون له ثلث ما في يده بالاتفاق ثم يضمه إلى ما في يد المقر وفي يده ثلاثة فصار في يد الأكبر المقر أربعة يقسم بينهم أثلاثًا وقد انكسر أربعة على ثلاثة فاضرب أصل المال وذلك ستة في ثلاثة فتصير ثمانية عشر فيصير في يد كل واحد من الاثنين المعروفين تسعة فيأخذ المتفق عليه ثلث ما في يد المصدق وهو ثلاثة ويضمه إلى ما في يد الأكبر فيصير اثنا عشر فيقسم بين ثلاثة، وإذا ترك ثلاث بنين فأقر الأكبر بثلث أخيه فصدقه الأوسط في اثنين منهم وصدقه الأصغر في أحد هذين وتكاذب المقر بهم فيما بينهم أخذ المتفق عليه سدس ما في يد الأكبر وخمس ما في يد الأوسط فيضمه إلى ما في يد الأصغر وقسماه نصفين؛ لأن الأكبر زعم أن البنين ستة فصار مقرًا بسدس ما في يده والأوسط لما صدقه في اثنين منهم فقد زعم أن البنين خمسة فيكون مقرًا بخمس ما في يده والأصغر زعم أن حقه مثل حقه فيضم المتفق عليه ما أخذه إلى ما في يد الأصغر فيقتسمانه نصفين ثم الابن المتفق عليه الأكبر والأوسط يأخذ خمس ما في يد الأكبر؛ لأن الأكبر زعم أن البنين ستة إلا أن الأصغر لما جحد يجعل كالمعدوم في حقك فبقينا خمسة إخوة فصار مقرًا له بخمس ما في يده فيأخذه ويضمه إلى ما في يد الأوسط ويقسمانه نصفين؛ لأن كل

واحد منهما زعم أن حقه مثل حق صاحبه ثم ما بقي في يد الأكبر يكون بينه وبين الابن المجحود نصفان؛ لأن الأكبر زعم أن حق المجحود مثل حقه، وإن صدقه الأصغر أيضًا في الابن الذي جحده الأوسط، فإن اللذين صدقهما الأوسط يأخذان من الأكبر خمس ما في يده فيضماه إلى ما في يد الأوسط فيقسمونه أثلاثًا؛ لأنه أقر لكل واحد منهما بخمس ما في يده؛ لأنه أقر أن البنين ستة إلا أن الأصغر أخرج من الوسط فبقينا خمسة ويأخذ الابن الذي صدقه الأصغر وجحده الأوسط خمس جميع ما في يد الأكبر فيضمه إلى ما في يد الأصغر فيقتسمانه نصفين هذا كله إذا تكاذب المقر بهم، فأما إذا تصادق المقر بهم فيما بينهم ينظر إن كان مصدق الأصغر أحد هذين اللذين صدقهما الأوسط، فإنه يبدأ بالقسمة من الأصغر؛ لأنه أكبرهم خلافا؛ لأنه جحد اثنين والأوسط جحد واحدًا فالابن المتفق عليه يأخذ ربع ما في يد الأصغر وخمس ما في يد الأوسط ثم يضم ذلك إلى ما في يد الأكبر؛ لأن الأوسط لما صدق الأكبر في اثنين فقد زعم أن البنين خمسة فصار مقرًا بخمس ما في يده والأصغر لما صدق الأكبر في واحد فقد زعم أن البنين أربعة ثم يجمعان ما أخذ إلى ما في يد الأكبر فيقسم بين الثلاثة المقر بهم وبين المقر أربعًا بالسّوية، وإن كان مصدق الأصغر مجحود الأوسط يأخذ مصدق الأصغر ثلث ما في يده؛ لأنه زعم أنه ثالث ثلاثة؛ لأن الأوسط جاحد له فيعتبر معدومًا في حقه فكان مقرًا له بثلث ما في يده ويأخذ مصدق الأوسط نصف ما في يد الأوسط؛ لأنه زعم أنهم أربعة فيجمعون ذلك إلى ما في يد الأكبر فيقتسمونه أرباعا وهذا كله قياس قول أبي يوسف ولم يذكر محمد في الكتاب قول نفسه.

فأما **القسم الثاني**: إذا ترك ابنًا وبنتًا فأقرت البنت بأخ لها من أبيها وأنكره أخوها يأخذ الأخ المقر به ثلثي ما في يدها لأمها زعمت أن حقه مثلي حقها إلا أن أخاها المعروف لما جحده فقد أخذ زيادة على حقه فصار كالتاوي؛ لأنه بعذر أخذه منه فيكون التوي عليهما أثلاثًا وما بقي يبقى بينهما أثلاثًا، فإن دفعت إليه ثلثي ما في يدها ثم أقرت بأخت لها من أبيها وصدقها فيها أخوها المعروف والمقر بهما تصادقا فيما بينهما يأخذ الأخت المقر بها ربع ما في يد الأخ المعروف فيضمه إلى

ما في يد المقره وما في يد الأخ المقر به فيقسمون ذلك على أربعة سهمان للأخ المقر به ولكل بنت سهم؛ لأن الأخ المصدق أقر لها بربع كل المال، فإنه زعم أن الورثة ابن وبنتين وأن المال سهم على أربعة للذكر مثل حظ الانثيين ولو أنكر الأخت المقر بها الأخ المقر به تأخذ الأخت المقر بها ثلاثة أثمان ما بقي في يد المقر إن كانت دفعت ثلثي ما في يدها بقضاء وإن دفعت بغير قضاء تأخذ سدس جميع المال في قياس قول أبي يوسف؛ لأن الأخت المقرة تقول أقررت أن الورثة ابنين وبنتين وأن المال بينهم على ستة فيكون لك سدس ما في يدي؛ لأن المدفوع بقضاء كالتاوي يبقى في يدي خمسه بيني وبين الجاحد أثلاثًا لي ثلثه وذلك سهم وثلثي سهم وثلثاه للجاحد فأطرح نصيب الجاحد وذلك ثلاثة أسهم وثلث؛ لأنه استوفى نصيبه يبقى لي سهم وثلثي ولك سهم واحد فاضرب سهمين وثلثي سهم في ثلاثة فصار ثمانية للمقر بها ثلاثة فيكون ذلك ثلاثة أثمان ما في يد المقرة وإن دفعت بغير قضاء ولأنه لا يطرح نصيب الجاحد؛ لأن المدفوع بغير قضاء كالقائم في يدها وقد أقرت لها بسدس كل ما في يدها فيأخذ سدس ما في يدها وهو سدس جميع المال ولم ينكر قول محمد قالوا وعلى قياس قوله إن دفعت ثلثي ما في يدها بقضاء تأخذ منها ربع ما بقي في يدها وبغير قضاء بأحد عشر ما في يدها؛ لأن المقرة تقول للمقر بها أقررت لك بسهم وللجاحد بسهمين ولي سهم لو لم يصدّقني الأخ المعروف فيك فلما صدقني فيك فقد يحمل عني ثلثي حقك؛ لأن ثلثي المال معه بقي من حقك ثلث سهم ولي سهم وللجاحد سهمين فيكون ذلك ثلاثة أسهم وثلث فانكسر بالثلث فاضرب ذلك في ثلثه فيصير عشرة كان لك ثلث سهم مضروبًا في ثلاثة فصار لك سهم وصار لي ثلاثة وللجاحد ستة ثم أطرح نصيب الجاحد؛ لأنه استوفى حقه وذلك ستة يبقى أربعة ثلاثة لي وسهم لك ومتى دفعت بغير قضاء لا يطرح نصيب الجاحد؛ لأنه كالقائم في يدها فيكون في يدها ثلث جميع المال وقد أقررت لها بعشر ذلك فيأخذ المقر بها عشر جميع ما في يد المقرة.

وأما القسم الثالث: إذا ترك ابنين وامرأة فأقر الاثنان بامرأة وكذبتهما المرأة المعروفة أخذ المقر بها مما في يد الابنين واحدًا من خمسة عشر لأنهما زعما أن

الورثة ابنين وامرأتين والفريضة من ثمانية للمرأة سهم من ثمانية انكسر عليهما فأضعف فصار ستة عشر لكل امرأة سهم ثم أطرح نصيب الجاحدة؛ لأنها استوفت نصيبها وهو كالتاوي في حقنا ببقاء خمسة عشر فقد أقر أن للمقر بها سهم من خمسة عشر مما في أيديهما ولكل واحدة منهما سبعة، ولو ترك ابنين فأقر أحدهما بامرأة وأنكرها الآخر قسم ما في يد الأكبر على تسعة للمرأة سهمان من ذلك؛ لأن الأكبر زعم أن الورثة امرأة وابنين وأن الفريضة من ثمانية الثمن للمرأة وذلك سهم يبقى سبعة بين الابنين نصفان لا يستقيم فأضعف فيصير ستة عشر لهما سهمان ولكل ابن سبعة ثم أطرح نصيب الأصغر الجاحد وذلك سبعة يبقى تسعة مما في يد الأكبر من نصف المال يقسم على تسعة تسعان للمرأة والباقي للابن وإن دفع إليها نقضًا ثم أقر بامرأة أخرى فصدقه فيها أخوه وتكاذبت المرأتان فالمتفق عليها يأخذ من الأكبر جزءًا من أربعة عشرة جزءًا وثمن جزءٍ مما بقي في يديه فيضمه إلى ما في يد الأصغر ويقسمه على تسعة لهما سهمان وله سبعة؛ لأن الأكبر زعم أن الورثة اثنين وامرأتين وأن الفريضة من ستة عشر وأن للمتفق عليها نصف ثمن ما في يده وهو جزء من ستة عشر جزءًا يبقى خمسة عشر فيكون للمقر بها أولى ثم جميع خمسة عشر وذلك سهم وسبعة أثمان سهم؛ لأنه حين أقرتها لم يكن للميت امرأة فحصل مقرًا لها بثمن كل شيء فلا يبطل هذا الحق لها بإقراره بالثانية فيطرح هذا من ستة عشر؛ لأنها استوفت حقها وزيادة يبقى أربعة عشر سهمًا وثمن سهم حق المتفق عليها في سهم وحق الأكبر في ثلاثة عشر وثمن سهم وما يأخذه المقر بها يضمه إلى ما في يد الأصغر ويقتسمانه على تسعة؛ لأن الأصغر لما صدق الأكبر في الثانية فقد زعم أن لها سهمين من ستة عشر ولي سبعة وإن كان دفع إلى الأول بغير قضاء دفع إلى المتفق عليها نصف ثمن جميع نصيبه وهو ربع ثمن جميع المال فيضمه إلى الآخر ويقاسمه أسباعًا كما مر؛ لأن المدفوع بغير قضاء كالقائم في يد الأكبر وقد أقر لها بجزء من ستة عشر جزءٍ مما في يده فيعطيها بذلك وهو ربع ثمن جميع المال؛ لأن النصف لما صار على ستة عشر صار الجميع على اثنين وثلاثين فيكون ثمنه أربعة وربع ثمنه واحد وذلك جزء من ستة عشر جزءًا مما في يديه وهذا

قول أبي يوسف، وقال محمد إن دفع إلى الأول بقضاء أخذت المتفق عليها جزءًا من سبعة عشر جزءًا ويضم ذلك إلى الآخر فيقاسمه أتساعًا؛ لأن الأكبر يقول للمتفق عليها أقررت للمجحودة بسهم ولكِ بسهم ولي بسبعة لو كذبني أخي فيكِ، فإذا صدقني فيكِ بعد يحمل عني نصف حقك فبقي حقك في ما في يدي نصف سهم فتكون جملة ذلك ثمانية ونصف فأضعفه ليزول الكسر فصار سبعة عشر فصار لك سهم وللمجحودة سهمان ولي أربعة عشر ثم أطرح نصيب المجحودة؛ لأنها استوفت نصيبها وذلك سهمان ببقاء خمسة عشر لكِ سهم ولي أربعة عشر وإن دفع نصيب الأولى بغير قضاء لا يطرح نصيب المجحودة؛ لأن المدفوع بغير قضاء كالقائم في يده فصار ما في يده من المال على سبعة عشر للمتفق عليها سهم منها ويضمه إلى ما في يد الأصغر ويقسمانه على تسعة على ما بيناه.

ولو تصادقت المرأتان أخذت المتفق عليها ما في يد الأصغر ثم يضمه إلى ما في يد الأكبر فيقسمونه على تسعة له تسعة ولها سهمان لكل امرأة سهم لما صدق أخاه في الثانية فقد أقر لها ثمن كل شيء؛ لأنه زعم أن الورثة امرأة وابنين وأن الفريضة على ثمانية وفي يده نصف المال فصار ما في يده على ثمانية فيعطيها ثمن ما في يده، ولو مات وترك ثلاثة بنين فأقر أحدهم بثلاث نسوة لأبيه وصدقه أحد إخوته في اثنتين والآخر في واحدة من هاتين يأخذ المتفق عليها من الأكبر ثمن ما في يده ومن الأوسط نصف ثمن ما في يده فيضم ذلك إلى ما في يد الأصغر فيقسمانه على عشرة ثلاثة لها وسبعة له؛ لأن الأكبر زعم أن الورثة ثلاثة بنين وثلاث نسوة وأن الفريضة من أربعة وعشرين لكل واحدة منهن سهم، ولكل ابن سبعة فقد أقر للمتفق عليها بثلث ثمن ما في يده والأوسط زعم أن الورثة ابنين وامرأتين وأن الفريضة من ثمانية وأربعين؛ لأن ثمن أربعة وعشرين وذلك ثلثه لا يستقيم على اثنين فأضعفه ليزول الكسر فصار ثمانية وأربعين فقد أقر لها بنصف ثمن جميع المال وذلك ثلاثة أسهم فتأخذ ثلثين ثمانية وأربعين فيضم ذلك كله إلى ما في يد الأصغر فيقسمانه على عشرة؛ لأن الأصغر زعم أن الورثة ثلاثة بنين وامرأة وأن الفريضة من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة وله سبعة ثم يصدق الأوسط خاصة يأخذ

من الأكبر جزءًا من سبعة عشر جزءًا من نصيبه؛ لأن الأكبر زعم أن الفريضة من أربعة وعشرين إلا أن الأصغر لما جحدها يطرح نصيبه وذلك سبعة تبقى سبعة عشر لمصدق الأوسط سهم من سبعة عشر من نصيب الأكبر يأخذ ذلك فيضمه إلى ما في يد الأوسط ويقسمانه على سبعة عشر لها ثلاثة وله أربعة عشر؛ لأن الأوسط زعم أن الورثة ثلاثة بنين وامرأتين وأن الفريضة من ثمانية وأربعين للمرأتين الثمن منه بينهما نصفان لكل واحدة ثلاثة ولكل ابن أربعة عشر ثم ما بقي ما في يد الأكبر يقسم بينه وبين المجحودة على ثمانية واحد لها وسبعة له؛ لأن الأكبر زعم أن لها سهم من أربعة وعشرين وله سبعة فيكون كله ثمانية، وإن كان مصدق الأصغر هي التي أنكرها الأوسط أخذت تلك من الأكبر جزءًا من سبعة عشر جزءًا من نصيبه؛ لأن الأكبر زعم أن لكل امرأة سهم من أربعة وعشرين ولكل ابن سبعة؛ لأن الأوسط جاحد لها والجاحد في حقها يجعل كالعدم فيطرح نصيبه وذلك سبعة فبقي سبعة عشر فلها سهم من ذلك ويضمه إلى ما في يد الأصغر ويقاسمه على عشرة ثلاثة لها وسبعة له؛ لأن الأصغر زعم أن لها ثلاثة من أربعة وعشرين وله سبعة؛ لأنه أقر أن الورثة ثلاثة بنين وامرأة فيكون لها ثمن ذلك وذلك ثلاثة أسهم ويأخذ الثلثان صدقهما الأوسط من الأكبر جزءين من سبعة عشر جزءًا من نصيبه؛ لأنه زعم أن لكل واحدة منهما سهم من أربعة وعشرين إلا أنه يطرح نصيب الآخر؛ لأنه جاحد لها وذلك سبعة فيبقى سبعة عشر فيأخذان سهمان من سبعة عشر ويضمانه إلى نصيب الأوسط يقسمونه على عشرة ثلاثة للمرأتين وسبعة له؛ لأن الأوسط زعم أن لها الثمن من ثمانية وأربعين وذلك ستة وله أربعة عشر فيكون كله عشرون لها ستة من عشرين لكل واحدة ثلاثة ومن العشرة ثلاثة لكل واحدة سهم ونصف مع الكسر.

(باب إقرار الوصي بقبض حقوق الميت وقضاء ديونه)

(المبسوط): مسائله لا تخلو، إما أن وجب الدين بإدانة الميت أو بإدانة الوصي، وكل وجه لا يخلو، إما أن أقر الغريم بالدين بعد إقرار الوصي بالاستيفاء أو قبله،

فإن وجب الدين بإدانة الميت وأقر الوصي بأنه استوفى جميع مال الميت ولم يسمّه، ثم قال بعده مفصولًا: قبضت مائة، وقال الغريم: كان عليّ ألف قبضتها، فالقول للوصي في المقبوض مع يمينه ولا يؤخذ الغريم بشيء؛ لأن الوصي يملك استيفاء ديون الميت فيملك الإقرار به، وإذا صح الإقرار بالاستيفاء برئ الغريم عما عليه؛ لأن ما عليه قلّ أو كثر داخل تحت اسم الجميع ومتى تثبت براءة الغريم وتقررت بإقرار الوصي؛ لأن حكم الكلام ما يتقرر بالسكوت عليه، فقول الوصي بعد ذلك: قبضت، فإنه يتضمن إيصال حق ثابت للغريم فيكون رجوعًا ولا يكون بيانًا فلا يصدق الوصي فيه ولكن القول قوله في المقبوض؛ لأن الغريم ادعى قبض الزيادة عليه وهو يجحد، وهي ما إذا أقر الغريم أن الدين ألف ثم أقر الوصي أنه استوفى جميع ما عليه، ثم قال مفصولًا: وهي مائة يَبرأُ الغريم ويضمن الوصي للورثة تسعمائة بالجحود؛ لأن الغريم أقر بإيجاب الألف على نفسه فيصدق لانتفاء التهمة على إقراره فصار الثابت بإقراره كالثابت بالبينة العادلة، ولو ثبت دين الألف بالبينة العادلة فأقر الوصي باستيفاء جميعه، ثم قال مفصولًا: وهي مائة، صار جاحدًا للزيادة، والأمين متى جحد الأمانة يضمن فكذا هذا، بخلاف ما لو أقر الغريم بعد إقرار الوصي بالاستيفاء؛ لأنه لم يصر مقرًّا على نفسه لوقوع البراءة له عن جميع الدين بإقرار الوصي بل يكون شاهدًا على الوصي بالضمان بسبب الجحود والحكم لا يثبت كشهادة الفرد.

ولو قال الوصي: استوفيت جميع مال الميت وهو مائة، موصولًا، وقال الغريم: بل كان ألفًا، يلزم الغريم تسعمائة، ولا يصدق الغريم أن جميع ماله عليه مائة؛ لأن المستوفى مجهول المقدار وبيان مقدار المجهول يكون صحيحًا موصولًا لا مفصولًا؛ لأنه شيء اتصل البيان يحتمل الكلام صار المحتمل مبينًا من أوله؛ لأن حكم الكلام لا يتقرر ما لم يبينه إلى آخره إذا كان في آخره ما تعيّن أوله كما في الاستثناء والشرط، وإذا انفصل البيان عن الكلام فقد تقرر حكم الكلام بالسكوت عليه فتثبت براءة الغريم بخلاف المطالب إذا قال: استوفيت جميع ما عليه وهي مائة، فلا شيء على الغريم؛ لأن المالك يملك الإبراء بقوله: فالدين مائة، فقد أبرأ

الغريم عما وراء المائة فيبرأ عنه، فأما الوصي لا يملك الإبراء مقصورًا بل يملك القبض والاستيفاء، فإذا أبرأه عما وراء المائة لا يبرأ، وكذلك الوكيل بالقبض فيبقى بالنقيض الإبراء فيبقى ما وراء المائة عليه فيكون له حق القبض حتى لو كان وكيلًا بالبيع فيملك الإبراء عندهما لا يكون له أن يقبض ما وراء المائة، وأما إذا وجب الدين بإدانة الوصي أو باع مالًا للورثة فأشهد أنه استوفى جميع ثمنه وهو مائة فقال المشتري: بل كان مائة وخمسين، فالقول للوصي ولا يضمن الغريم شيئًا؛ لأن الدين متى وجد بإدانة الوصي وعقده كان عاقدًا لنفسه وحقوق العقد تتعلق به فيملك الإبراء كالوكيل بالبيع، فإذا قال: الدين مائة فقد أبرأ الغريم عما وراء المائة فضمن ولا يضمن الوصي؛ لأنه لو ضمن يضمن بإقرار الغريم ولا يصح إقراره على الوصي؛ لأنه شاهد فرد عليه إقرار الوصي أنه استوفى منه مائة وهو جميع الثمن وقال المشتري: الثمن مائة وخمسين فالوصي قبض الخمسين الفضل؛ لأن الخمسين الفضل غير داخل تحت البراءة؛ لأنه أضاف سبب البراءة وهو الاستيفاء إلى مائة، فإنه قال: استوفيت مائة، ثم وصف المائة بكونها جميع الثمن فلا يكون مبرئًا عن الخمسين الفضل بل كان باقيًا أن ما سوى المائة واجبًا ثم أقر المشتري بعد النفي بالخمسين الفضل والإقرار بعد النفي صحيح بخلاف قوله: استوفيت جميع ما عليه، وهي مائة؛ لأنه أضاف البراءة إلى جميع ما عليه، فيتناول البراءة ما وراء المائة، وكذلك لو باع مال نفسه.

أقر الوصي أنه قبض كل دين لفلان على الناس، فجاء الغريم فقال: دفعت إليك كذا، أو قال الوصي: ما قبضت شيئًا وما علمت له عليك شيئًا، فالقول للوصي لأن المقولة بالاستيفاء مجهول؛ لأنه لا يتصور أن يكون للميت على جميع الناس دين وكان المراد بعض الناس، وذلك مجهول، والإقرار بالاستيفاء المجهول باطل كالإقرار بالدين؛ فإنه لو أقر أن للناس عليه دين لا يصح، فكذا هذا، وإذا بطل هذا الإقرار للحق بالعدم، ولو عدم ثم جاء غريم وقال: دفعت الدين إليك، وأنكر الوصي، فالقول قوله، فكذا هذا.

وكذلك لو قامت بينة لم يغرم الوصي منه شيئًا بخلاف ما لو كان إقرار الوصي

بالقبض من رجل واحد بعينه فلزمه لأنه حصل معلوم فصح.

قال الوصي المكاتبة على المكاتب ألف وقبض الميت تسعمائة وقبضت أنا منها مائة بعد موته، وقال المكاتب: قبضت الألف كلها وقامت البينة أن الوصي أقر أنه استوفى جميع ما على المكاتب لزم الوصي الألف كلها بعدما حلف الورثة أنهم لا يعلمون قبض الميت لأنه ثبت إقراره استيفاء جميع المكاتبة بالبينة العادلة وصارت المكاتبة عنده أمانة فصار جاحدًا للأمانة بعدما أقر بها فيضمن.

أقر الوصي أنه قبض جميع ما في منزل الميت ثم فسره بعده بمائة درهم وأقام الورثة بينة أنه كان في منزل الميت يوم مات ألفا لم يلزم الوصي أكثر مما أقر به لأن البينة ما قامت على قبض جميع ما في المنزل، ويجوز أنه كان فيه ثم هلك أو أخذه إنسان غيره فما ثبت قبض ما زاد على ما أقر به حتى يضمن بالجحود بخلاف ما لو أقر بقبض الديون ثم قامت البينة على أكثر مما أقر فإنه يضمن الزيادة لأن ثمة دين فهو قبض الديون كلها بإقراره، وقامت البينة أن الديون كذا وقد جحد بعضها فيضمن.

(باب إقرار المفاوض المريض بالدين)

(المبسوط): أقر المفاوض المريض بالدين من تجارتهما يؤخذ منهما في الحال، ويؤخذ دين صحته ويلزم شريكه للحال؛ لأن إقراره بالدين لما صح ذلك دخل تحت المفاوضة وما لزم من الحيف في تجارة أحدهما يلزم الآخر بحكم الكفالة لما عرف، إلا أنه مريض عليه دين الصحة فيقدم دين الصحة في حقه على دين المرض وشريكه صحيح يؤاخذ به بحكم الكفالة عن المقر في المال النصف بحكم الإيفاء له لأنه يلزمه بإقرار شريكه والنصف بحكم الكفالة وكذلك لو أقر الصحيح بدين يؤخذ به للحال ولا يؤخذ المريض إلا بعد قضاء دين الصحة، وروى ابن سماعة عن محمد أنه يؤخذ المريض للحال لأن هذا الدين وجب عليه بسبب وجد في حالة الصحة وهي الكفالة بحكم المفاوضة فيكون متساويًا لدين الصحة، وجه ظاهر الرواية بعقد المفاوضة لا يثبت حال وجود المفاوضة، وإنما يثبت حال وجوب الدين؛ لأنه لو صحت الكفالة حال وجود المفاوضة قبل وجوب الدين على

أحدهما كانت هذه كفالة باطلة لأن المكفول له والمكفول عنه مجهول وجهالة أحدهما توجب فساد الكفالة كما لو قال ما قال ما دامت عليك لأحد كانت الكفالة باطلة لجهالة المكفول له، وإذا ثبتت الكفالة حال وجوب الدين صار كأن المفاوضة عقدت الآن في حق ثبوت الكفالة فيكون الدين واجبًا بالكفالة في المرض فيكون دين المرض فيؤخذ عن دين الصحة.

ولو أقر بدين لوارثه لم يلزمه شريكه لأنه لم يصح من المقر ولا يلزمه حكمه فلأن لا يلزم شريكه أولى.

أقر بدين يلزمه الثلث مثل كفالة الأجنبي ولا يلزم شريكه إلا قدر ما يلزمه عند أبي حنيفة، وهذا بناء على أن الكفالة داخلة تحت المفاوضة عنده فكانت من تجارتهما فيلزم شريكه.

وعندهما: غير داخلة فلا يلزم شريكه.

ولو أقر أنه كفل لأجنبي في صحته ذكر في الكفالة أنه يعتبر من جميع المال، وذكر عن مشايخ بلخ أنه يعتبر من الثلث كما في العتق والهبة والصحيح رواية الكتاب؛ لأن الكفالة ليست بتبرع محض بل هي تجارة من وجه تبرع من وجه، فإن الكفيل يرجع على المكفول عنه، فإذا ما كفل به من الدين إذا كفل بأمره فكانت مفاوضة تجارة من هذا الوجه فألحقناها بالتجارة متى أقر بها مضافًا إلى حالة الصحة، وألحقناها بالتبرع متى أنشأها في حالة المرض توفيرًا على الشبهتين حظهما.

أقر الصحيح بدين لوارث المريض لزم الصحيح كله دون المريض؛ لأن المريض لو لزمه إنما يلزمه بحكم الكفالة وكفالته بالدين لوارثه باطلة.

ولو قال المفاوض للآخر: ما كان لك على فلان فهو عليّ أو كفل بالدرك ثم مرض ثم كان لفلان على فلان، لزم المريض من جميع المال ويكون مساويًا لدين الصحة؛ لأن هذا المال يجب عليه بالكفالة السابقة الواقعة في حالة الصحة فصار المال واجبًا عليه من ذلك الوقت، كما لو وجب عليه دين بالمبايعة الواقعة في الصحة بالمعاينة فكذا هذا، بخلاف ما لو أقر بدين من الكفالة في الصحة يعتبر من

جميع المال ويكون مؤخرًا عن دين الصحة؛ لأنه وجب بكفالة وجدت في الصحة بإقرار المقر وإقراره صح في حقه لا في حق غيره، وكما لو أقر أن لفلان عليه ألفين ثمن بيع بايعه في الصحة يعتبر من جميع المال ويكون مؤخرًا عن دين الصحة؛ لأن المبايعة في حالة الصحة تثبت بإقراره لا بالمعاينة فكذا هذا، والله تبارك تعالى أعلم بالصواب.

فهرس المحتويات

دار الكتب العلمية
DKI
DAR AL-KOTOB AL-ILMIYAH